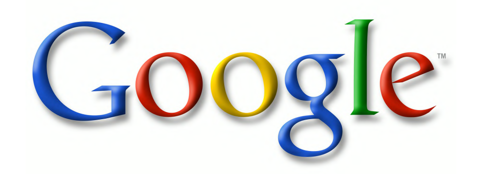
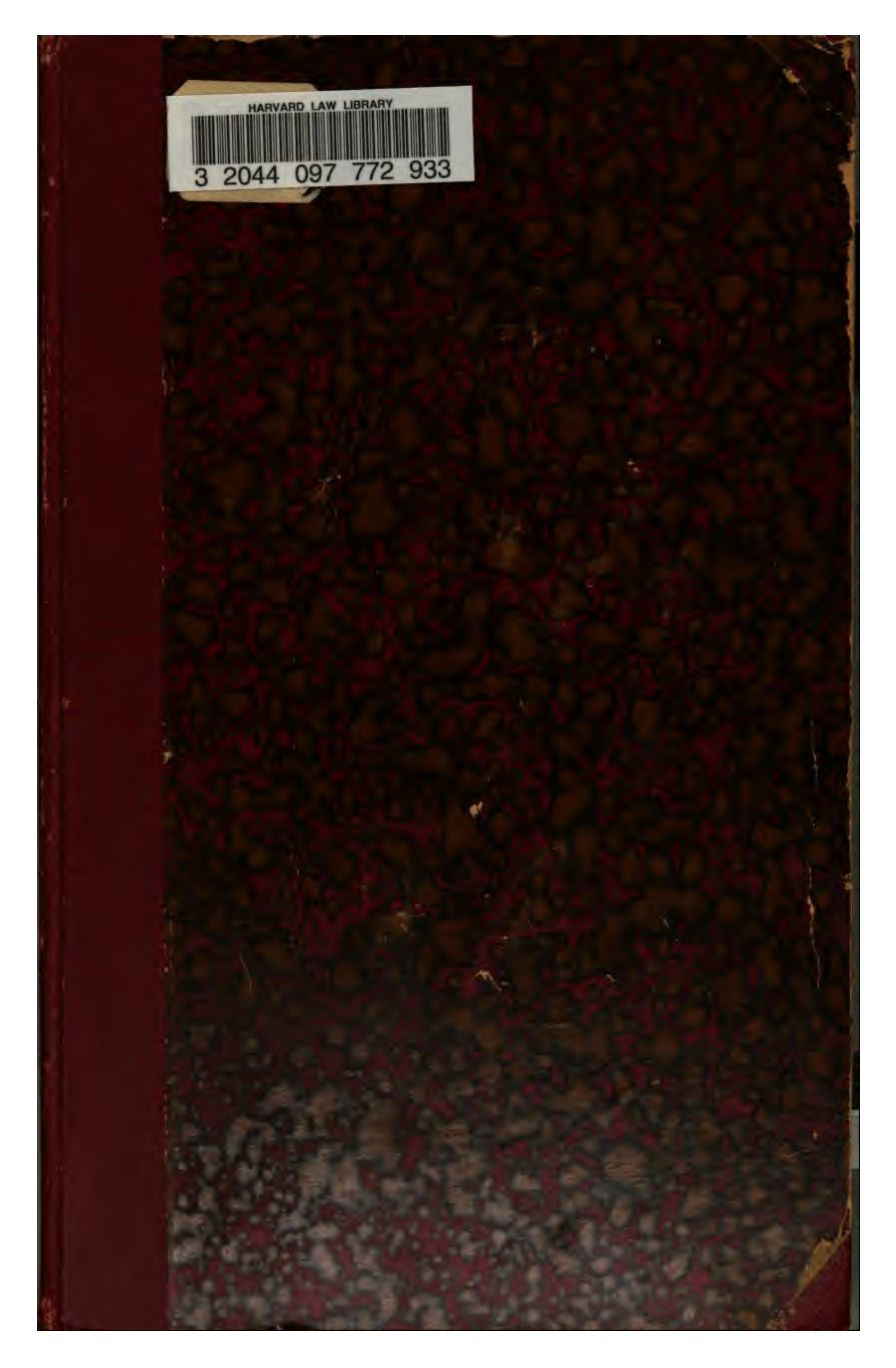
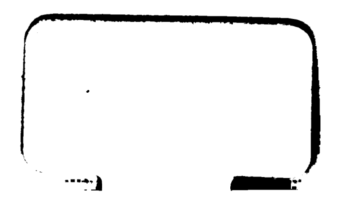
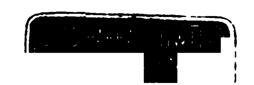





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
VE RI TS
CHRISTO ET ECCLESIAE





Germany

Sequestration und Arrest

im

Römischen Recht.

Von

D. Theodor Muther.

Iura inuenta metu iniusti, fateare necesse est,
Tempora si fastosque uelis euoluere mundi.

HORATIUS.

Leipzig,
Verlag von S. Hirzel.
1856.

Herrn

Ludwig Hofmann

Herzogl. Sächs. Coburg-Gothaischen Regierungs- und Justizdirector,
Ritter des Herzogl. Sachsen-Ernestinischen Hausordens

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Vorrede.

Daß es einen Fortschritt giebt, einen Fortschritt in der Wissenschaft und Kunst, einen Fortschritt in den menschlichen Einrichtungen — wer wollte das läugnen? Aber der Fortschritt geschieht nicht immer zum Besseren, häufig geschieht er zum Schlimmeren. Und an der Verwechselung krankt unsere Zeit, daß sie Fortschritt und Verbesserung für ein und dasselbe nimmt.

Stetes Streben nach Verbesserung ist ein schöner Grundzug der menschlichen Natur. Traurig aber bleibt es, daß ein bloßer Denkfehler jenen Trieb zur bösen Macht umwandelt, welche die Sinne gefangen hält und der Wahrheit verschließt, dagegen den blinden Wahn entfesselt, der nicht nur einzelne Länder und Staaten, sondern die ganze Gesittung und Bildung zu vernichten droht. Denn dadurch, daß man Verbesserung will, aber Fortschritt anstatt derselben erstrebt, hat man sich auf gut Glück der tyrannischen Herrschaft einer Formel ergeben, welche das Schlimme ebensowohl als das Gute in sich faßt und Beides in zufälliger toller Mischung producirt und so das Letztere ohne das Erstere kaum hervorzubringen vermag. Der Trieb nach Verbesserung wurde zur krankhaft gesteigerten Sucht nach dem Neuen. Dieses erstrebt man, ohne das Alte zu würdigen. Und was als Neu, als „Fortschritt" geboten wird, ist überall willkommen; wie es ohne Not, ohne Berücksichtigung des Bisherigen gefunden wurde, wird es ohne Bedenken, ohne daß ein wahres Bedürfniß vorhanden, angenommen. So schiebt man meistens das Bewährte achtungslos bei Seite und das gewagte Experiment tritt leichtfertig an seine Stelle.

Während in Staat und Kirche, fast in allen Feldern des Wissens die allgemeine Krankheit der Zeit Verheerungen anrichtete, war die deutsche Rechtswissenschaft im Ganzen von der Epidemie freigeblieben, und erst seit kurzer Zeit, nachdem im öffentlichen Wesen nach banger, gefahrdrohender Krise ein günstiger Umschlag eingetreten ist, beginnt auch hier die Seuche heftig, wenn auch nicht gerade gefährlich, sich zu verbreiten.

Die Anschauungen der historischen Rechtsschule waren in den letztvergangenen Jahrzehnten zur allgemeinen, unbestrittenen Herrschaft gelangt. Ein rüstiges Arbeiten und Fortschreiten im wahren, soliden Erkennen hatte begonnen. Die geschichtliche Entwicklung des Römischen und Germanischen Rechts im Allgemeinen war erforscht, die rechtsbildende und rechtsumwandelnde Kraft des Mittelalters gewürdigt, schon begann man heller zu sehen: Die eigentliche Natur der einzelnen Rechtsinstitute, ihre inneren, oft durch kaum sichtbare Fäden vermittelten Beziehungen zu einander traten im Gefolge der historischen Erkenntniß hervor; die bis dahin nebelhaft durcheinanderwogenden Massen sonderten sich vor dem Beschauer, scharfe Umrisse, Gruppirung und Gliederung zeigten sich, kurz auch der Zusammenhang des Ganzen wurde schon selbst dem weniger geübten Auge erkennbar. Der Aufschwung der Wissenschaft blieb nicht ohne Rückwirkung auf die Praxis. Die Prozeßschriften und Urteile wurden kürzer und weniger geschmacklos; die langathmigen älteren Pandektencommentare blieben zwar noch im Gebrauch, aber man studirte doch auch schon Savigny und Puchta, und gerade von praktischer Seite kamen recht gute und brauchbare schriftstellerische Arbeiten, ein erfreuliches Zeugniß ablegend von der gründlichen Bildung und dem wackeren Streben deutscher Richter und Sachwalter.

Freilich ging das Alles nicht plötzlich und mit einem Schlag, sondern, wie aller Fortschritt zum Guten, langsam und allmählig. Da ertönte der kecke Ruf: Die bisherige Methode sei ungenügend, das Vertiefen in mühsame historische Einzelarbeiten und Specialuntersuchungen, der Aufwand von Zeit und Mühe auf geringe, unscheinbare Ergebnisse bringe uns dem Ziele nicht näher, der Blick sei wieder einmal auf das Ganze zu richten, auf seinen inneren Zusammenhang und die Grundgedanken — als ob jemals dieser Zusammenhang von den Meistern unserer Wissenschaft außer Acht gelassen worden wäre und als ob wir es überhaupt zu beklagen hätten, daß jede historische Erkenntniß eine lange Reihe gesonderter Einzelarbeiten voraussetzt, welche, anscheinend zersplitternd, doch allein geeignet sind, das Material zu einem soliden Bau zu liefern, welcher bis in den kleinsten Theil vollendet, durch seine natürliche Ordnung und saubere Zierlichkeit erfreut, vermöge seiner starken Grundpfeiler aber Festigkeit genug hat, den Stürmen der Zeit zu trotzen.

Der Ruf nach Neuem konnte nicht erschallen, ohne in den krankhaft erregten Gemütern der Zeitgenossen einen Nachhall zu finden; schmeichelte er doch dem geistigen Hochmut der „Bürger des neunzehnten Jahrhunderts“, welche auf „der Höhe“ eines Jahrhunderts zu stehen wähnen, das, von der Beschränktheit und Mangelhaftigkeit der menschlichen Natur befreit, auf die vergangenen Zeiten hochvornehm

und geringschätzend herabzusehen berechtigt sei. Ein Reformator nach dem anderen trat auf, Jeder von seiner Unfehlbarkeit überzeugt. Alle stimmten darin überein, das Bisherige sei zu verwerfen, an dessen Stelle Neues zu setzen; Keiner aber erkannte den Anderen recht an, und darin gerade zeigte sich die Pseudoprophetennatur derselben, daß nur das Negative sie vereinte, während das von den Einzelnen positiv Gebotene nicht die Gewalt ächter, überzeugender Wahrheit hatte und von selbst aus eigener, innerer Kraft die entgegenstehenden Irrlehren vernichtete. Noch haben wir es nicht gesehen, das Ende des abenteuerlichen Zugs jener „Ritter vom Geiste", deren oft halbkomischer, zuweilen toll-phantastischer Aufputz die schwächlich-zwergenhaften Gestalten als Giganten erscheinen lassen soll — aber es läßt sich schon jetzt mit Bestimmtheit erkennen, daß er, ohne großartige Eindrücke und ein dauerndes Andenken zu hinterlassen, vorübergehen wird.

Schon oben habe ich die gegenwärtige Neuerungssucht in der Jurisprudenz als nicht gerade gefährlich bezeichnet. Diese meine Behauptung stützt sich auf die Wahrnehmung, daß die Neuerer trotz ihres Feuereifers, trotz aller neu- und hochklingender Phrasen nicht im Stande waren, etwas wirklich Neues hervorzubringen, daß sie nur in einseitiger Hervorhebung irgend eines bisher schon von allen Einsichtsvollen berücksichtigten, aber nicht überschätzten Gesichtspunkts den Boden für ihre Bestrebungen zu gewinnen suchten. Es wäre ein undankbares Geschäft, dieß im Einzelnen nachzuweisen. Doch soll ein Blick geworfen werden auf den neuesten Versuch R. Ihering's. Denn mag auch dieser Schriftsteller die „Geister-Beschwörung" Derer, die ich „Ritter vom Geiste" nannte, noch so streng beurteilen[1]), mag er sich auch noch so entschieden von Einzelnen derselben lossagen[2]), so trägt er doch die Verantwortung, die ganze Richtung hervorgerufen zu haben, und gerade wegen seiner sonstigen Bedeutung darf er nicht unbeachtet gelassen werden.

Das „Evangelium der Rechtsgeschichte der Zukunft" besteht nach ihm in der „Nichtquellenmäßigkeit" rechtshistorischer Darstellungen und Entdeckungen, d. h. „die wichtigsten rechtshistorischen Entdeckungen der Zukunft (sollen) in solchen Sätzen und Gedanken bestehen, die kein Römischer Jurist ausgesprochen"; nur in diesem Sinn könne man auch in der Rechtsgeschichte von einer „productiven Thätigkeit" sprechen. Ich will nicht an den Worten mäkeln, ich will sie nicht, wie es so leicht, absichtlich mißverstehen. Aber ich frage: Hat sich z. B. v. Keller, als er aus wenigen ruinenhaft ragenden Trümmern das ganze Lehr-

---

[1]) C. F. v. Gerber und R. Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatrechts 1. Bd. 1. Heft. Jena 1856 S. 7.
[2]) Ebendas. S. 2 Not. 1.

gebäude von der Litiscontestation und dem Urteil im klassischen Röm. Recht reconstruirte und dadurch eine tiefere Einsicht in den älteren Röm. Prozeß ermöglichte, bloß receptiv oder auch productiv verhalten? Gehören die rechtshistorischen Bücher und Aufsätze von v. Savigny, C. F. Eichhorn, Puchta, Arndts, Rudorff, Albrecht, v. Scheurl, Th. Mommsen, Merkel, Brinz u. A. der rein receptiven oder auch einer productiven Methode an? Läßt sich überhaupt receptive und productive Thätigkeit in der Weise scheiden, wie es Jhering thut? Hierauf antworte ich: Und wenn ein Student sein Collegienheft durcharbeitet, sich den Inhalt geistig aneignend, so daß die darin ausgesprochenen Gedanken in seinen Geist übergehen, ein Theil desselben werden und die besondere Gestalt annehmen, welche sie nach seiner geistigen Individualität annehmen müssen, so schafft er etwas, was vorher noch nicht da war: er ist nicht bloß receptiv, sondern auch productiv. Noch mehr aber ist Derjenige productiv, welcher die über irgend einen rechtshistorischen Gegenstand vorhandenen, aber noch nicht zusammengestellten Quellen sammelt, verarbeitet und so eine geistige Vorstellung, ein Bild schafft, welches bisher nicht existirte. Freilich ist es dabei oft nötig, anscheinend Unbedeutendes durch geschickte Combination mit äußerlich ferne Liegendem in's rechte Licht zu stellen, für Gedanken, welche nicht mit Worten ausgesprochen sind, aber in den Thatsachen liegen, den rechten Ausdruck zu finden, kurz den ganzen Stoff geistig zu durchdringen und gewissermaßen neu zu gestalten — aber das ist eine Thätigkeit, welche bisher schon jeder verständige Rechtshistoriker geübt hat, und es ist eine leere Phrase, sie als „das Evangelium der Rechtsgeschichte der Zukunft" zu bezeichnen.

Noch mehr als auf die Rechtsgeschichte sollen die Namen der receptiven und productiven Jurisprudenz auf die Dogmatik passen, „denn nur auf ihrem Gebiet könne von wirklichen juristischen Productionen die Rede sein." Zur bloß receptiven Jurisprudenz gehöre die Interpretation der Gesetze, „die absolut niedrigste Stufe aller wissenschaftlichen Thätigkeit." — Aber wenn der Interpret den in mangelhaften Ausdruck eingekleideten, bisher nicht erkannten Gedanken des Gesetzgebers auffindet, ist er gewiß auch productiv, er nimmt nicht bloß in sich auf, er schafft eine neue Erkenntniß. Derjenige aber, welcher die in dem vorhandenen Rechtsstoff gleichsam gebunden liegenden Gedanken frei macht und demselben so ein weiteres Gebiet der Anwendung erwirbt, wird nicht erst hierdurch productiv, sondern die bloße Aneignung des Materials muß mit Production, d. h. mit eigener, selbstgestaltender Aufnahme in den Geist verbunden sein, wenn überhaupt noch Hoffnung auf erhöhte Productivität vorhanden sein soll. Auch hier ist also eine Unterscheidung zwischen receptiver und productiver Jurisprudenz nicht statthaft. Wenn nun Jhering noch weiter geht,

behauptend, die juristische Production solle über den gegebenen Rechtsstoff hinausgehen, einen „absolut neuen" Stoff hervorbringen, so komme ich mit ihm auf das Gebiet einer vielbesprochenen Controverse, nämlich der, ob die Rechtswissenschaft eine eigentliche Rechtsquelle sei, oder nicht. Unser Schriftsteller bringt daher auch hier nichts Neues, er drückt nur die alte Behauptung, die Wissenschaft sei wirkliche Rechtsquelle, etwas anders aus. Freilich ist nun dieß die wichtigste unter allen von Ihering angeregten Fragen, und deshalb hier über sie — obwohl mein thema probandum schon erschöpft ist — noch ein Paar Worte.

Die irrige Meinung, daß der Jurist zur Rechtsproduction berufen sei, hätte nie entstehen können, wenn man einestheils nicht positivrechtliche Römische Zustände (das ius respondendi der Juristen ꝛc.) dazu hätte benutzen wollen, eine rechtsphilosophische Frage zu lösen, und wenn man anderntheils bei der rechtsphilosophischen Behandlung selbst richtig geschieden hätte zwischen Rechtsleben und Rechtswissenschaft. Das Rechtsleben existirt frei und unabhängig von der Rechtswissenschaft; nicht so umgekehrt, denn die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist keine andere, als die geistige Erkenntniß und das Verständniß des Rechtslebens. Das Letztere ist eine unmittelbar göttliche Schöpfung und daher unendlich reich und mannigfaltig, die menschliche Erkenntniß aber immer mangelhaft und unzureichend. Die Rechtswissenschaft hat daher genug zu thun, wenn sie die immer neu sich gestaltenden Erscheinungen des Rechtslebens begreifen und deren Wachsthum und Gedeihen hülfreich unterstützen will, sie soll nicht in arger Vermessenheit es unternehmen, das Rechtsleben mit Ausgeburten menschlicher Phantasie bereichern zu wollen; das wäre eben so thöricht, wie wenn der Naturforscher, mit der Schöpfung unzufrieden, neue Pflanzen und Steine nach Belieben hervorzubringen sich bemühte. Trotz der äußerlich so verschiedenartigen Gestaltungen des Rechtslebens sind es verhältnißmäßig wenige Kräfte, welche dasselbe bewegen: sie zu fassen und abgesondert darzustellen, ist das Endziel aller Jurisprudenz. Die schon gesammelte Erkenntniß jener Kräfte muß daher benützt werden, den noch nicht geistig verarbeiteten Stoff zu durchdringen, dieses Durchdringen aber fördert wieder die Erkenntniß jener Kräfte, und das ist der innere Grund, weshalb, wie bei jeder geistigen Thätigkeit, Productivität und Receptivität sich nicht streng sondern lassen. Der menschliche Geist soll eben nur receptiv sein, doch sein Recipiren ist ein Produciren, d. h. ein Produciren des Gedankens, nicht aber ein Produciren des Stoffs, welcher außerhalb des Menschen und unabhängig von dessen Wollen oder Nichtwollen existirt.

Dieser Betrachtung weiter nachzugehen und aus ihr die Aufgabe der heutigen Jurisprudenz zu entwickeln, wäre hier nicht am Ort.

Doch so viel möchte erhellen, daß ohne die Erforschung des organischen Wachsthums unseres Rechtslebens nicht an ein Verständniß seiner gegenwärtigen Entwicklungsstufe, namentlich auch nicht an ein Erkennen seiner neuen, interessanten Erscheinungen zu denken ist und daß wir, sobald wir das Letztere wünschen, das Erstere nicht aufgeben dürfen, sondern zunächst und mit aller Kraft erstreben müssen. Das ist der Gedanke, welcher der historischen Richtung ihre innere Berechtigung giebt, welcher keine Unterscheidung zwischen „höherer und niederer Jurisprudenz" duldet, welcher Richard Wagner'schen Phantasieen von Kunstwerken ꝛc. der Zukunft auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft keine Spanne Raums gönnen kann. Mir aber hat er Mut eingeflößt, das vorliegende Buch dem juristischen Publicum in seiner gegenwärtigen Gestalt vorzulegen.

Ursprünglich beabsichtigte ich eine recht praktische monographische Darstellung der Lehre vom heutigen gemeinrechtlichen Arrestprozeß. Aber ich erkannte bald, daß ohne gründliche historische Vorarbeiten nichts weiter erzielt werden könne, als ein nochmaliges Reden über die hergebrachten Controversen ohne wirklich entscheidendes Resultat, ohne neue Erkenntniß. Daher entschloß ich mich, zuerst die Geschichte der beiden stärksten prozessualischen Sicherungsmittel im Röm. Recht zu erforschen; eine spätere Monographie soll die Geschichte derselben bis auf die Gegenwart verfolgen und das geltende Recht darstellen. Zwar ist für Letzteres schon die vorliegende Untersuchung nicht ohne Ergebniß geblieben, doch wird sich erst nach Vollendung des Ganzen zeigen, wie auch unserer Praxis auf historischem Weg geholfen werden kann.

Wohl wird manche meiner Behauptungen starke Anfechtung finden, und ich gebe schon jetzt zu, daß mir selbst mehrere derselben gewagt erscheinen —, aber das soll man mir lassen, daß ich zuerst auf den interessanten Gegenstand aufmerksam gemacht und die sehr zerstreut liegenden Quellen gesammelt habe. Dadurch allein glaube ich mir ein gewisses Verdienst um die Wissenschaft erworben zu haben, mehr als wenn ich meine Zeit benutzt hätte, viele Bände geistreichernder Bücher voll hochtönender Redensarten zusammenzuschreiben. In der Behandlung nahm ich mir das schon oben erwähnte Werk meines hochverehrten Lehrers v. Keller zum Vorbild; doch mußte ich bei diesem Bestreben nur zu oft erkennen, wie sehr mir die Kräfte mangelten, um meinem Muster nur einigermaßen nahe zu kommen.

Schließlich spreche ich noch den Freunden, welche mir mit Rat und That treulich beigestanden, namentlich dem Prof. D. Bekker in Halle, meinen herzlichsten Dank aus.

Halle a/S. im Mai 1856.

D. Muther.

Inhaltsübersicht.

Zweites Buch.

Sequestration und Arrest

im Römischen Recht.

Einleitung.

Ableitung und Bedeutungen des Worts sequester.

§ 1.

Das Wort sequester ist in mehrfacher Beziehung merkwürdig. Es wurde ursprünglich nach der zweiten, später nach der dritten Declination abgebeugt[1]), die von ihm herzuleitenden Wörter kommen zum Theil in eigenthümlichen oder verschiedenen Formen vor[2]), nicht nur seine Abstammung ist zweifelhaft, sondern auch

[1]) Prisciani Grammatici lib. VI. (Putsch p. 692) und lib. X. (Putsch p. 898). Vgl.: G. I. Vossii Aristarch. l. IIII. c. 20 (Ausg. von Foertsch und Eckstein II. p. 656): „Sic in Latinis sequester in secunda usurpat Plautus Vidularia [u. 8]: — — [Adde Vidularia u. 6: — —; u. 10: — —. Mercat. Act. IIII. sc. 3 u. 36: — —] Virgiliusque in XI [u. 133]. At id etiam esse tertiae, docet illud apud Tullium Verrin. II [Act. I c. 12 § 36]: — —." D. W. Freund, Wörterbuch der latein. Sprache s. u. sequester: „Sequester, tris, ursprüngliche Form sequester, tri." Die Ausgaben der Pandekten haben bald sequester, tris, bald sequester, tri. Am richtigsten möchte es sein, hier durchgängig die Formen der 3. Declination anzuwenden, denn die HSS. sind in dieser Beziehung höchst unzuverlässig. So haben die HSS. des Dig. uetus auf der Bamberger Bibliothek (D II 1 Saec. XIIII; D I 13 Saec. XIII; D I 6 Saec. XIII) das Wort durchgängig in der 2. Declination, während andere Vulgathff. es nach der 3. Declination abbeugen. So z. B. ein Ms. des Dig. nouum (D I 8 Saec. XIII) derselben Bibliothek. Vgl. u. S. 35 Not. 3.

[2]) So das Adjectivum sequester (tris), tre oder sequester, tra, trum. S. Forcellini, Tot. Lat. Lex. hh. uu. Eigenthümlich ist auch in: „sequestro

seine ursprüngliche Bedeutung nicht hinlänglich aufgeklärt. Für uns ist namentlich die letztere von Wichtigkeit. Diese aber können wir kaum mit Sicherheit bestimmen, ohne vorher die richtige Ableitung zu suchen.

§ 2.

Die Römer führen sequester auf sequi zurück. So

A. Gellius Noct. Att. XX. 11:

— — uocabulum a sequendo factum est, quod eius, qui electus est, utraque pars fidem sequatur[1];

und in etwas anderer Weise

Modestinus Fr. 110 de V. S. (50. 16):

Sequester — —; dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur.

Daß die letztere Etymologie keine Berücksichtigung verdient, liegt auf platter Hand. Sequester wäre danach derjenige, welcher folgt, und die Benennung könnte nur daher entstanden sein, daß man den nächsten besten Nachgehenden (oder Begegnenden!) zum sequester genommen hätte. Nach Gellius aber müßte sequester gleichsam passivisch der sein, welchem man folgt, was sprachlich unmöglich ist.

Von den Neueren bleiben Manche bei der Ableitung von sequi stehen, wenn sie auch in der Begründung etwas von den

---

ponere" oder „in sequestro deponere (aliquid)" das sequestro „gleichsam als Neutrum" gebraucht. Vgl. Freund a. a O. — Böcking (Pandekten-Institutionen § 127 Note 49. I. Bd. 2. Ausg. S. 482) nimmt deshalb ein substantiuum neutr. gener.: „sequestrum" an, während A. Gellius (Noct. Att. XX. 11) das „sequestro" in sequestro ponere als Adverbium aufgefaßt hatte. Am richtigsten scheint es mir mit Valesius ad Ammian. Marcell. p. 37 und Gronovius ad Plaut. Mercat. IIII. 3, 36 anzunehmen, das sequestro in den Redensarten sequestro ponere etc. sei der alte Dativ von sequester. — Das Verbum sequestrare kommt schon bei Ulpian (Fr. 22 § 8 solut. matrimon. 24. 3) und sehr häufig bei Tertullian vor.

[1] Aehnlich: Servius in Vergilii Aen. XI u. 133 (Ausgabe von A. Lion. Gott. 1826). Isidor Etymol. l. 10 N. 260 (nach der Ausgabe: „S. Isidori .... Opera omnia .... rec. F. Arevallo .... auctoritate et impensa .... F. Lorenzanae. Rom. a. 1798.)

Römern abweichen.[1]) Andere aber, das Unrichtige jener Ety- 2.
mologie erkennend, versuchen weitere Ableitungen. G. J. Vos-
sius[2]) und vor ihm schon Jo. Meursius und Matth. Mar-
tinius führten sequester zurück auf das alte Verbum „*sequo* i. e.
dico, quia sententiam dicit inter partes. *Sequo* autem in eo
significatu est a Greco ἔπω, quod idem sonat. Unde *insequo*
h. e. ἐννέπω. — — Transit π in C siue Q: ut ἵππος, equus;
ἕπομαι, sequor.“ Demnach wäre sequester so viel als Sprecher,
Urteilssprecher, und das gäbe einen ganz guten Sinn.
Allein das angebliche alte Verbum sequo ist sehr unsicher, die
einzige Spur, welche sich davon findet, ist die Wurzel in insece
(sag, sprich) und diese könnte möglicherweise auch anders gedeu-
tet werden. Das Bedenklichste aber ist, daß keine Analogie, der
beste Prüfstein für die Richtigkeit von Etymologieen, sich auffin-
den läßt, wodurch es gerechtfertigt würde, ein auf ster sich enden-
des Substantivum von einem Verbum abzuleiten. Aus ähnlichen
Gründen, namentlich aber weil das Wort durchaus das Gepräge
eines lateinischen an sich trägt, verwerfe ich auch die Meinung
des Menagius[3]), welcher das Wort aus dem Griechischen her-
leitet, nämlich „ἀπὸ τοῦ δικάζειν· δικάζω, δικαστής et Laco-
nice δικαστήρ, σικαστέρ, sequester.“[4])

---

[1]) So noch Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissen-
schaft Bd. 13 S. 196: „Das Pfand wird .... größerer Sicherheit wegen
bei einem Dritten deponirt, der es dem Sieger ausantwortet; ein solches
Weggeben der possessio heißt deponere, in sequestre deponere, apud seque-
strem deponere possessionem, das Pfand sequestro positum, offenbar weil
der Besitz dem Sieger folgen soll, wie das secutorium iudicium jenes Beiwort
davon hat, quod sequitur sponsionis victoriam. Gaius IIII. 169.“

[2]) Etymologic. Ling. Lat. Ausg. v. Mazochi. Neap. 1762 u. 1763. Tom. II
p. 642.

[3]) Jur. ciuil. amoenitates. Ed. Jo. Guil. Hoffmanni. Francof. et Lips.
1738. c. 39.

[4]) Die Etymologie des Menagius hat neuerdings einen Anhänger gefun-
den in S. H. Rinkes, welcher in seiner „Disputatio de crimine ambitus et de
sodalitiis Romanorum tempore liberae reipublicae“ (Lugd. Batauor. 1854.
p. 21 sqq.) behauptet, ursprünglich sei sequester gleichbedeutend gewesen mit
iudex, Richter, ja die Formel: „Praetor iudicem arbitrumue postulo uti des“

2. Kaum erwähnt zu werden verdient die Ansicht von Jac. Curtius[1]), welcher, nach Anführung anderer Etymologieen, so fortfährt: „Ego nec illos improbo, neque his detraho: sed tamen uereor, ne rectior ea sit *Sequestri* etymologia, quod eos, qui contendunt, et inter quos rixa est, uelut medius *secat*, et dirimit.“

Näher an die Wahrheit gehen hinan die Ableitungen von H. Valesius[2]), welcher das Wort von secus ableitet: „eo quod res secus i. e. iuxta Sequestrum deponitur“, und Gronovius[3]), bei welchem sich findet: „*Sequester* meo iudicio non a *sequor*, quod Gellio creditum, sed a *secus* quasi *secuster* ut a *magis magister*, a *minus minister* dictus, quoniam interuenit dissidentibus ipse neutrarum partium, semotus ab utroque, et liber a caussis eorum, aliusque atque certantes.“

§ 3.

Ich halte die Etymologie des Gronovius für richtig. Nur in der Begründung weiche ich ab. Suchen wir nach Analogieen, so bietet sich diejenige von Wörtern wie campestris, siluestris, palustris, equestris, pedestris, terrestris, semestris etc. dar. Die Endung **ster** scheint eine Stellung oder Lage zu bezeichnen und es ist daher nicht wunderbar, daß dieselbe gewöhnlich nur mit Substantiven ꝛc. verbunden wird, welche einen Ort bezeichnen.[4]) Leiten wir

---

habe eigentlich gelautet: „des *sequestrem* aut *arbitrum.*“ (!!) Die Worte des Plautus im Rudens IIII. 3, 65, auf welche er sich dabei stützt, werden unten (S. 9 ff.) ihre Erklärung finden. — Verwandt mit der Ableitung des Menagius ist die Bemerkung von Döderlein (Lateinische Synonyme und Etymologieen. 6. Th. Leipz. 1838. S. 329): „Sequester, der Schiedsrichter, verhält sich zu dem heilenden *ἀκεστήρ*, wie versöhnen zu sanare; besonders in pacis sequester; *ἀκισταὶ γὰρ φρένες ἐσθλῶν.*“

[1]) *ΕΙΚΑΣΤΩΝ* lib. I c. 5 (in Everard. Ottonis Thesaur. iur. Rom. Tom. V. p. 103).

[2]) Vgl. Menagius a. a. O.

[3]) Ad Tacit. Annal. III. 71. Vgl. die Ausgabe der Werke des Tacit. von J. A. Ernesti. Lips. 1801. Tom. I p. 349.

[4]) Bei campestris, siluestris, palustris, terrestris ist dies einleuchtend, aber selbst equestris bezeichnet eigentlich den, welcher zu Pferde zu sitzen pflegt; pedestris zu Fuß, zu Lande im Gegensatz zu naualis; semestris freilich bezieht

daher sequester von secus ab, so werden wir gut thun, dieses 3. Adverbium in seiner ursprünglichen lokalen Bedeutung zu nehmen. In der vorklassischen Zeit und später vulgär wurde nämlich secus präpositional cum accusatiuo für secundum, neben, bei, an, gebraucht.[1]) Darnach wäre secuster oder sequester der neben den Parteien Stehende, ihr „Beistand", und da ein „Beistand" jeder Partei nur der sein kann, welcher zwischen ihnen steht: der in der Mitte Stehende, der Vermittler, der Schiedsrichter. Der Uebergang des cu in qu ist unbedenklich und findet sich öfter, so z. B. in sequior, sequius = secius.[2])

---

sich auf die Zeit, aber Wann und Wo sind einander analog. Diese Bemerkungen, sowie überhaupt die obige Begründung der richtigen Etymologie von sequester verdanke ich der gütigen Mittheilung des Herrn Professor Pott.

[1]) Sos. Charisii Instit. Gram. lib. I. (Putsch p. 61): „Id quod uulgus usurpat *secus illum sedi* hoc est secundum illum et nouum et sordidum est." Cato de R. R. XXI. 2 (Ed. Gesner. I p. 41): „Dextra sinistra foramina *utrimque secus* laminas." Plinius hist. nat. XXIIII. 15, 85: „Chamaeleucen nascitur secus fluuios." Inscriptionen: so bei Gruterus (Inscriptionum Romanar. corp. 1616) p. 806 N. 5:

MARIA. GEMINA
EMERIT. AN. P. M. L
H. S. E. S. T. T. L
IPSA. SIBI. SE. VIVA
SECVS. CONIVGEM. SVVM
F. C

und Orelli (Inscriptionum selectar. amplissima collect. 1828) Tom. II p. 153 N. 3688: — — QVAE SVNT IVNCTA EX VTRAQVE PARTE SECVS VIAM CVM AQVAE DVCTV etc. — Innocentius V. P. Auctor de litteris et notis iuris exponendis in den „Schriften der Röm. Feldmesser herausgeg. von Blume, Lachmann und Rudorff" 1. Bd. S. 314. 19 u. 20: „Casa per L. nomen habens sub se finem proximum et de secus aqua significans." Vgl. dazu Pott in (Cäsars) Zeitschrift für Alterth. Jahrg. 1854 Nr. 29 S. 228. Zweifelhaft ist eine Stelle bei Quintil. Institutt. 8. 2, 20, indem die besten HSS. nicht *secus* uiam, sondern *secundum* uiam lesen. Vgl. Freund a. a. O. (s. u. *secus* II). Forcellini h. u. in fin. Das Glossar des C. Labbaeus (s. u. § 16 S. 31 Not. 1) hat: secus, *ἑτέρως, καὶ πλησίον, παρά.*

[2]) Vgl. Quintilian. Institutt. orat. I. 4. Jac. Curtii *ΕΙΚΑΣΤΩΝ* lib. I c. 5 i. f.

§ 4.

4. Es soll nunmehr der Beweis geführt werden, daß sequester die angegebene Grundbedeutung wirklich hatte. Wir werden dabei finden, daß bei älteren Schriftstellern die Bedeutung „Schiedsrichter" nie rein und allein hervortritt, sondern daß unter sequester ein Schiedsrichter verstanden wird, bei welchem die streitige Sache so deponirt wurde, daß sie dem obsiegenden Theil ausgeantwortet werden sollte. Dieß könnte gegen die obige Etymologie Argwohn erregen und zu der Vermutung führen, die Grundbedeutung von sequester sei keine andere als diejenige, welche später bei den Juristen die herrschende wurde (s. u. § 17). Allein wenn wir uns vergegenwärtigen, wie Rechtsstreitigkeiten in den Urzeiten der Völker entstehen und entschieden zu werden pflegen, so können wir ruhig bei unserer Ableitung stehen bleiben. Das Eigenthum an Mobilien ist es, welches besonders leicht streitig wird. Und da bleibt es die einfachste und natürlichste Art, den Streit auszutragen, die gewiß auch die älteste ist, wenn die Parteien die streitige Sache einem Dritten überantworten und diesem sagen: „Gieb sie demjenigen von uns zurück, welchem sie gehört." Das war sicher in uralter Zeit auch bei den Römern oder ihren Stammvätern, den Latinern so. Der Schiedsrichter aber hieß sequester, d. h. Mittler. Als in späterer Entwicklung auch Streitigkeiten über den Grundbesitz entstanden, war man schon daran gewöhnt, unter sequester einen Entscheider zu verstehen, bei dem die streitige Sache deponirt wurde, und man gab daher dem Schiedsrichter in Streitigkeiten über Immobilien einen anderen Namen: arbiter (zusammengesetzt aus ar = ad und bitere = ire), Gangrichter[1]), weil derselbe in solchen Streitigkeiten sich an Ort und Stelle verfügen und dort den

---

[1]) So wird das Wort arbiter gewöhnlich abgeleitet. Vgl. Forcellini h. u.; Gessner im Thesaurus h. u.; besonders Rudorff, gromatische Institutionen in den „Schriften der Röm. Feldmesser herausgeg. von Blume x.", 2. Bd. S. 428 und dazu Bekker in der (Heidelberger) kritischen Zeitschrift Bd. 1 S. 442.

Streit schlichten mußte. So fixirte sich der Ausdruck sequester für die Schiedsrichter der näher angegebenen Art und man scheute sich, das nunmehr eine feste und technische Bedeutung habende Wort auf Fälle anzuwenden, wo es an einer Deposition des Streitobjects bei dem Richter fehlte. Deshalb griff man auch in Fällen, wo es sich nicht um Streitigkeiten über Immobilien, sondern um andere rechtliche Differenzen handelte, zu dem neueren und bildungsfähigeren Ausdruck: zu arbiter. Aehnlich wie sequester hat sich übrigens seruitus, ursprünglich der Ausdruck für ius in re aliena, später für die ältesten Arten der dinglichen Rechte an fremden Sachen (die Servituten) fixirt und es wurden für die neueren dinglichen Rechte an fremden Sachen andere Namen erfunden; ebenso wurde contractus, ursprünglich so viel als klagbarer Vertrag überhaupt, später nur auf die ältesten Arten von klagbaren Verträgen angewendet. 4.

§ 5.

Die ältesten Zeugnisse, welche ich für den Gebrauch des Worts sequester aufbringen kann, finden sich bei Plautus. Eine Hauptstelle ist im Rudens Act. IIII sc. 3, wo ein Streit zwischen den Sclaven Trachalio und Gripus über den von letzterem aus dem Meere aufgefischten Reisesack des Kupplers Labrax entsteht, indem der erstere — um für seine Herrschaft wichtige Papiere zu retten — einen Theil des Fangs beansprucht. Nach längerem Hin- und Herreden heißt es:

uu. 62 sqq. [1])

— — Tr. Verba facimus: it dies
Vide sis, quoius *arbitratu* nos uis facere? Gr. Viduli
Arbitratu. Tr. Ita enimuero? stultus es. Gr. Salue Thales.
Tr. Tu istunc hodie non feres, nisi das *sequestrum aut arbitrum*,
Quoius haec res arbitratu fiat. Gr. Quaeso sanum es?
Tr. Sum elleborosus. Gr. At ego cerritus: hunc non amittam tamen.

---

[1]) Nach der Ausgabe von Fleckeisen Lips. 1850.

5. Nach weiterem Streit wird die Aufforderung, einen arbiter oder sequester zu bestellen, wiederholt:

uu. 76 sqq.

GR. Mitte rudentem [nunc], sceleste. TR. Mittam: omitte uidulum.

GR. Numquam hercle hinc hodie ramenta fies fortunatior.

TR. Non probare pernegando mihi potes, nisi pars datur

Aut ad arbitrum reditur aut sequestro ponitur.

GR. Quemne ego excepi in mari? TR. Ast ego inspectaui e litore *etc.*

Hier läßt also Trachalio dem Gripus die Wahl zwischen sofortiger Befriedigung seines Anspruchs, oder Entscheidung durch einen arbiter, oder Deposition des Streitobjects bei einem sequester und zwar so, daß durch die Wahl des einen das andere, bezüglich dritte ausgeschlossen wird. Der sequester aber, den Trachalio verlangt, soll auch das Amt eines Schiedsrichters versehen, denn oben (u. 63) hatte er im Allgemeinen gesagt:

Vide sis, quoius arbitratu nos uis facere?

und die Worte in u. 66:

Quoius haec res arbitratu fiat

beziehen sich sowohl auf das vorhergehende sequestrum als arbitrum. Freilich wird durch sequester und arbiter nicht ganz ein und dasselbe bezeichnet; das deutet die Partikel aut an, welche beide Wörter trennt und verbindet. Der arbiter, welcher von Trachalio gefordert wird, ist einfacher, von den Parteien zur Entscheidung ihres Streits gewählter Schiedsmann oder Vermittler, bei dem sequester kommt, wie ausdrücklich gesagt wird, noch etwas hinzu, nämlich die Deposition der streitigen Sache bei dem Schiedsrichter. Wahrscheinlich, daß Trachalio dem Gripus die Alternative stellt, durch einen arbiter die Sache sofort entscheiden zu lassen, oder aber für den Augenblick nur einen Schiedsmann zu wählen und bei demselben die Sache einstweilen zu deponiren, die Verhandlung des Streits aber und dessen Entscheidung auf eine günstigere Zeit zu verschieben. Wie übrigens der arbiter zum sequester werden kann, zeigt sich im weiteren Verlauf der Stelle. Da Trachalio zum Schiedsrichter den Bewohner eines nahen

Hauses, den Herrn des Gripus, vorschlägt, giebt dieser nach, den- 5.
kend, sein Herr werde jedenfalls zu seinen Gunsten entscheiden.

uu. 96 sqq.

TR. Vin qui in hac uilla habitat eius arbitratu fieri?
GR. Paulisper remitte restem, dum concedo et consulo.
TR. Fiat. GR. Euge salua res est: praeda haec perpetuast mea.
Ad meum erum arbitrum uocat me hic intra praesepis meas.
Numquam hercle hodie abiudicabit ab suo triobulum
Ne iste hauscit quam conditionem tetulit: ibo ad arbitrum.
TR. Quid igitur? GR. Quamquam istuc esse ius meum certo scio
Fiat istuc potius, quam nunc pugnem tecum. TR. Nunc places.
GR. Quamquam ad ignotum arbitrum me adpellis, si adhibebit fidem
Etsi ignotust, notust: si non, notus ignotissimust.

Nachdem nun Daemones, der Herr des Gripus, zum arbiter bestellt ist, finden Verhandlungen vor demselben statt, in Folge deren er dem Gripus befiehlt, den uidulus zu exhibiren.

Act. IIII sc. 4 uu. 83 sqq.:

DAE. Cedo [sis] modo mi uidulum istum, Gripe. GR. Concredam tibi:
At si istorum nil sit, mihi uti reddas. DAE. Reddatur. GR. Tene.

Aus diesen Stellen entnehmen wir, wie es zur Zeit des Plautus vorgekommen und — bei dem schwierigen Formalismus des Legisactionenverfahrens — vermutlich häufig vorgekommen ist, daß streitende Theile die Entscheidung ihrer Differenz ohne weitere Förmlichkeiten einem Dritten übertrugen, der lediglich seinem billigen Ermessen zu folgen hatte („quoius haec res arbitratu fiat"), der folglich an das strenge Recht gar nicht gebunden war, so daß selbst das bloß factische Verhältniß des Innehabens von Vermögensgegenständen durch Sclaven seiner Beurtheilung unterbreitet werden konnte. Ferner aber lernen wir, daß dem arbiter, wenn er die Exhibition des streitigen Gegenstands für nötig hielt, die fragliche Sache anvertraut wurde, unter der Bedingung, daß er sie, wenn er nicht für die Gegenpartei entscheiden werde,

5. dem bisherigen Inhaber zurückgebe. Die Ausantwortung des Gegenstandes geschah unter der Formel: „At si aduersarii nil sit, mihi uti reddas“, worauf der arbiter erwiderte: „Reddatur.“ So konnte der arbiter zum sequester werden und es ist daher erklärlich, daß man, obwohl erst in späterer Zeit, nicht immer genau schied und die beiden Wörter ganz gleichbedeutend gebrauchte (s. u. § 12).

Noch will ich bemerken, daß auch in mehren anderen Stellen bei Plautus das Wort sequester sich findet, so im Mercator Act. IIII sc. 3 u. 20 und in den aus der Vidularia uns gebliebenen Fragmenten.[1]) In der ersteren Stelle bedeutet sequester einen iudex datus, bei welchem der Streitgegenstand deponirt ist (s. u. § 52), in der zweiten einen Depositar, welcher während der Streitverhandlung die Streitsache aufzubewahren und nach gefällter sententia dem Sieger zu restituiren hat. Beide Stellen — die unten weiter zu benutzen sein werden — sprechen also nicht von einem sequester im eigentlichen Sinn. Allein die Ausdehnung des Worts auf den iudex, welcher den Streitgegenstand bewahrt, liegt sehr nahe und ist deshalb leicht erklärlich; in der zweiten Stelle aber braucht Plautus nur die Ausdrücke: „seruabo, quasi sequestro detis“ und „nunc ut apud sequestrum uidulum posuimus.“

§ 6.

Die Bedeutung: „Schiedsrichter, bei dem die streitige Sache deponirt ist“ hat unser Wort auch in zwei Fragmenten des M. Porcius Cato, welche durch mittelbare Ueberlieferung auf uns gekommen sind. Das eine aus der Rede oder einem Buche de Indigitibus[2]) findet sich bei Festus[3]) und lautet: „Sinunt miseros perire, ut bona rapiant; aut si superstites petant ui seques

---

[1]) Ausgabe des Plautus von B. F. Schmieder Gott. 1804. S. 883.

[2]) Meyer (Oratorum Romanorum Fragmenta. Ed. II. Turici 1842. I p. 145) vermutet, daß eine Rede des Cato de Indigitibus gar nicht existirt habe, sondern daß die Stelle bei Festus aus einem Buche des Cato über die Indigetes genommen sei.

[3]) Ausgabe von O. Mueller p. 339; von A. E. Egger Paris. 1838 p. 225.

prodent." Anstatt der Worte „seques prodent" des Cod. Farnes. hat die uulgata lectio (wohl richtig): „sequestro dent."[1]) Die andere Stelle ist kritisch noch zweifelhafter und findet sich bei Gellius.[2]) Sie ist der Rede des Cato de Ptolemaeo minore contra Lucium Thermum[3]) entnommen und lautet nach Gronovius: „Per deos immortalis, nolite uos * sequestro ponere", nach M. Hertz: „Per deos immortalis nolite uos atque [. . . .]" Jedenfalls ist anzunehmen, daß in dem Fehlenden der Ausdruck sequestro ponere oder etwas Aehnliches vorgekommen sei, da die fraglichen Worte als Beleg für den Ausdruck „sequestro positum" citirt werden, diese Redensart aber nichts Anderes bedeutet, als: „quod apud sequestrem depositum est"[4]), so daß das Wort wohl auch hier, als alter Dativus nach der zweiten Declination, dieselbe Bedeutung hat, wie in der Stelle des Cato bei Festus und bei Plautus. Daß aber in der ersteren sequester die angegebene Bedeutung habe, geht unwidersprechlich hervor aus dem Zusammenhang der Stelle des Festus, indem ja das Fragment aus Cato gerade für jene Bedeutung citirt wird (s. den folg. §).

§ 7.

Die weiteren Stellen, welche hier noch angeführt werden müssen, sind zwar sämmtlich späteren Schriftstellern entnommen, aber doch solchen, welche aus guten, alten Quellen geschöpft haben, so daß ihr Zeugniß für den alten Sprachgebrauch von sequester keineswegs gering anzuschlagen ist. Zuerst erwähne ich

Servius Comm. in Vergilii Aen. XI. 133:

Pace sequestra; media (et temporali). Nam[que] sequester est

---

[1]) Das sinnlose seques prodent ist offenbar nur falsch gelesen aus: SEQUESTRODENT.

[2]) Noct. Att. XX. 11.

[3]) Gehalten im Jahr 600 a. u. c. (154 a. Chr. n.) Vgl. Meyer a. a. O. I p. 108 sqq.

[4]) Gellius l. c.: „Sed quod apud sequestrem depositum erat, „„sequestro positum"" per aduerbium dicebant. Cato de Ptolemaeo contra Thermum: Per deos immortalis nolite uos atque [. . . . .]."

7. [aut] medius inter duos altercantes, [aut] apud quem aliquid ad tempus seponitur, [dictum autem a sequendo, quod eius, qui electus sit, utraque pars fidem sequitur]. Pacem ergo sequestram, inducias dicit i. e. pacem temporalem et mediam inter bellum praeteritum et futurum.

Freilich sind hier die beiden Verpflichtungen des sequester durch aut — aut so getrennt, daß unser Wort nicht gut die eine Bedeutung zugleich mit der anderen haben könnte. Da dieß aber doch, wie sich schon gezeigt hat und noch weiter zeigen wird, der Fall ist, sehen wir uns genötigt, das kritisch zweifelhafte aut — aut hinwegzulassen und zu lesen: sequester est medius inter duos altercantes, apud quem etc., wodurch jedes Bedenken gehoben wird.

Uebereinstimmend mit Servius sagt

Festus s. u. sequester (Cod. Farn. p. 146):

Sequester is dicitur, qui inter aliquos, qui certant, medius, ut inter eos conuenerit, depositum ita tenet aliquid, ut ei reddat, qui * (cui) id deberi iure sibi constiterit

und

Lactantius (Lutatius) Placidus der Scholiast zu Statius[1]: *Pacisque sequestra.* Sequester dicitur, qui certantibus medius interuenit, apud quem cuiuscunque certaminis futuri pignora deponuntur; hoc uocabulum ab obsequendo factum est, quod eius, qui electus fuerit, utraque pars fidem sequatur

sowie

Isidor Etymol. X. 260:

Sequester dicitur, qui certantibus medius interuenit, qui apud Graecos ὁ μέσος dicitur, apud quem pignora deponi solent. Quod uocabulum a sequendo factum est, quod eius, qui electus est, utraque pars fidem sequatur.

Diese Stellen werden wir noch weiter benutzen. Für jetzt genügt es, dieselben angeführt zu haben, da dasjenige, was durch sie bewiesen werden sollte, ohne Weiteres aus ihnen hervorgeht.

---

[1]) Ad Statium Theb. VII u. 542. S. die Ausgabe der Werke des Statius Paris. 1600. p. 262.

§ 8.

Ueber das Zugleichvorhandensein der doppelten Bedeutung 8. von sequester erhalten wir noch durch mehre Stellen Aufschluß, welche im Zusammenhang miteinander betrachtet werden müssen. Gellius[1]) giebt von einem Buch des P. Lavinius Nachricht, welches den Titel führte „De uerbis sordidis.“ In demselben sei gesagt, daß man in der Vulgärsprache[2]) „sculna“ (quasi „seculna“) denjenigen nenne, „quem, qui elegantius loquuntur „„sequestrem““ appellant.“ Dieses Wort gebrauche auch M. Varro, wie derselbe Lavinius bezeuge. Das Wort sculna kommt nun vor bei

Macrobius Saturn. l. III c. 17 §§ 15 sqq.[3]):

15. Nam cum Antonius quidquid mari aut terra aut etiam caelo gignerentur ad satiandam ingluuiem suam natum existimans faucibus ac dentibus suis subderet, eaque re captus de Romano imperio facere uellet Aegyptium regnum, Cleopatra uxor, quae uinci a Romanis nec luxuria dignaretur, sponsione prouocauit, insumere se posse in unam coenam sestertium centies. 16. Id mirum Antonio uisum, nec moratus sponsione contendit, dignus sculna Munatio Planco, qui tam honesti certaminis arbiter electus est. Altera die Cleopatra pertemptans Antonium pollucibilem sane coenam parauit, sed quam non miraretur Antonius, quippe qui omnia, quae adponebantur ex cotidianis opibus agnosceret. 17. Tunc regina adridens fialam poposcit, cui aceti nonnihil acris infudit atque illuc unionem demptum ex aure altera festinabunda demisit, eumque mature dissolutum, uti natura est eius lapidis, absorbuit: et quamuis eo facto sponsione uicisset, quippe cum ipsa margarita centies sestertium sine contentione eualuisset, manus tamen et ad alterius unionem auris similiter admouit, nisi Munatius Plancus iudex seuerissimus superatum Antonium mature pronuntiasset.

---

[1]) Noct. Att. X. 11.

[2]) Ueber diese vgl. Bernhardy, Grundriß der Röm. Literatur. 2. Aufl. S. 321 Note 240.

[3]) Nach der Ausgabe von L. Jan. Quedlinburgi et Lips. 1852.

8. Es unterliegt keinem Zweifel, daß Munatius Plancus zum Kampfrichter („arbiter“) bei der Wette des Antonius und der Cleopatra gewählt war. Warum aber bezeichnet ihn Macrobius ausdrücklich als sculna, warum begnügt er sich nicht einfach damit, ihn arbiter oder iudex zu nennen? Das deutet darauf hin, daß jenes vulgäre Wort bei Wetten, die ja bei den Römern so häufig vorkamen, oft gebraucht worden sei und eine bestimmte Bedeutung gehabt habe.[1]) Erinnern wir uns nun, daß nach Römischer Sitte häufig die beiderseitigen Wettpreise bei einem Dritten deponirt wurden, wie u. A. aus Fr. 17 § 5 de praescript. uerbis (19. 5) hervorgeht, und daß diese Art der Wetten, wobei man den deponirten Wettpreis als pignus betrachtete, so gebräuchlich waren, daß ein besonderer Sprachgebrauch für die Provokation („in pignus uocare“) sich bildete, nämlich: „da pignus, ni oder si ita est“[2]); so ist es das Natürlichste anzunehmen, das Wort sculna sei eine stehende Bezeichnung für denjenigen gewesen, bei welchem die Wettsumme deponirt worden war, der aber zugleich über den Ausgang der Wette zu entscheiden hatte. Da nun nach Gellius sculna bloß eine vulgäre Nebenform von sequester ist, muß auch das letztere Wort die schon öfter angegebene Bedeutung haben.

§ 9.

Wir werden unten noch genauer zu untersuchen haben, wie die Stellung des sculna oder sequester bei der Wette juristisch verschieden ist von der Stellung eines sequester im wirklichen Rechtsstreit.[3]) Ebenso aber, wie man die Benennung sequester,

---

[1]) Vgl. über sculna: Döderlein, latein. Synonyme und Etymologieen. 6. Th. S. 325: „Sculna, der Schiedsrichter, stimmt buchstäblich zu *καλόνης εἴρων. Ῥόδιοι* Hes. und selbst sachlich, wenn sich *εἴρων* durch *εἰρήνης* auctor erklären läßt. Von *κηλεῖν, ἔκηλος*, wie sequester von *ἀκεστήρ*.“ Eher möchte sculna verwandt sein mit „scludite“ i. e. separate uel cernite. Vgl. das aus alten Mss. der vatikanischen Bibliothek von A. Mai zusammengestellte Glossar in: „Classicorum Auctorum ex Vaticanis codicibus editorum Tom. VI. Romae 1834. p. 544.

[2]) Vgl. unten §§ 32 ff. und die dort citirten Quellen und Schriftsteller.

[3]) S. u. § 36.

welche ursprünglich den Schiedsrichter in Rechtsstreitigkeiten be- 9. zeichnet, über ihre eigentlichen Grenzen hinaus auf den Entscheider bei Wetten angewendet hat — indem man namentlich darauf Rücksicht nahm, daß dort wie hier der streitige Gegenstand in die Hände des Dritten gelegt wurde — ist jener Ausdruck auch auf andere Mittelspersonen, Vermittler, Versöhner rc. übertragen worden, zunächst freilich immer unter Voraussetzung der Deposition eines Gegenstands oder einer Summe von noch ungewissem juristischen Schicksal. In dieser Beziehung ist besonders eine Stelle von Cicero bemerkenswert. Es kommt in der Rede für A. Cluentius u. A. darauf an, nachzuweisen, daß nicht Cluentius die Richter bestochen habe, um dadurch die Verurteilung des älteren Oppianicus herbeizuführen, sondern daß vielmehr von Letzterem selbst einem der Richter, dem C. Aelius Stalenus eine große Geldsumme zur Bestechung des Gerichts ausgehändigt worden sei. Cicero erwartet nun von Seiten der Vertheidigung den Einwand, Oppianicus habe jene Summe dem Stalenus zu dem Zweck gegeben, um mit Hülfe derselben eine Aussöhnung zwischen ihm (Oppianicus) und Cluentius zu Stande zu bringen. Diese Ausrede sucht er im Voraus dadurch zu entkräften, daß er das Ungereimte und Unwahrscheinliche derselben hervorhebt:

Cap. XXXI § 86:

— — Qui enim poterat tum in gratiam redire cum Oppianico Cluentius? qui cum matre habebat simultates: haerebat in tabulis publicis reus et accusator: condemnati erant Fabricii: nec elabi alio accusatore poterat Albius: nec sine ignominia calumniae relinquere accusationem Cluentius. XXXII. 87. An ut praeuaricaretur? Iam id quoque ad corrumpendum iudicium pertinet. Sed quid opus erat ad eam rem iudice sequestre? et omnino, quamobrem tota ista res per Stalenum potius, hominem ab utroque alienissimum, sordidissimum, turpissimum, quam per bonum aliquem uirum ageretur et amicum necessariumque communem?

Die Worte „An ut praeuaricaretur .... pertinet" sind eine spöttisch hingeworfene Aeußerung, wodurch die Ausführung unterbrochen wird, denn das Folgende kann bloß auf das Vorgeben

9. bezogen werden, Oppianicus habe Versöhnung mit Cluentius gesucht, da man einen uir bonus nicht um Jemanden zur Prävarication zu bewegen, wohl aber um Versöhnung zu stiften beiziehen kann. Der Gedanke Cicero's ist somit der: Wenn das Vorgeben wahr wäre, warum hätte dann Oppianicus gerade einen seiner Richter zum Vermittler der angeblich beabsichtigten Aussöhnung mit Cluentius erwählt und bei diesem das dazu bestimmte Geld niedergelegt, da doch zu diesem Geschäft ein uir bonus, ein genauer beiderseitiger Bekannter, viel geeigneter gewesen wäre. Durch das Wort sequester wird also hier offenbar derjenige bezeichnet, bei dem das Geld niedergelegt war, der aber zugleich die Aussöhnung bewirken sollte, also der versöhnende und die Eintracht wiederherstellende Vermittler. — Ganz ähnlich kommt das Wort auch vor bei Q. Septim. Florens Tertullianus in Stellen (De resurrect. carnis cc. 51, 63; Aduersus Praxean c. 27 i. f.), die wir unten noch weiter benutzen werden.

§ 10.

Obwohl sequester in dem eben angegebenen Sinn nicht mehr einen eigentlichen Schiedsrichter im Rechtsstreit bezeichnet, so hat es sich doch auch noch nicht gerade weit von jener ursprünglichen Bedeutung entfernt. Der Versöhner zweier Parteien nimmt auch die Stelle eines Schiedsrichters ein, nur nicht die eines Schiedsrichters im Rechtsstreit, sondern die eines Schiedsrichters in anderen Streitigkeiten. Ein solcher muß mit den Parteien verhandeln, um die Versöhnung zu Stande zu bringen, er ist gleichsam ein Unterhändler und so bildet die Bedeutung „Versöhner" eine Brücke zu der weiteren Bedeutung: „Unterhändler, Zwischenhändler." Dabei hat das Wort zunächst immer noch die auf Deposition einer Sache bei dem Unterhändler hinzeigende Nebenbedeutung.

Bei den Römern war es nun sehr gebräuchlich, das Erkaufen der Stimmen für die Wahlen und die Bestechungen der Richter durch Unterhändler besorgen zu lassen, denen die Kauf-, bezüglich Bestechungssumme ausgehändigt wurde, um sie, wenn das erstrebte Ziel erreicht war, den Erkauften oder Bestochenen zu übergeben.

Es geschah dieß im Interesse der beiderseitigen Sicherheit; der 10. Unterhändler konnte zu gleicher Zeit Depositar der Bestechungs- 2c. Summe sein, dann hieß er sequester; doch kommen auch beide Functionen getrennt vor, dann hieß der Unterhändler interpres, sequester aber der Depositar der Summe.

So erklären sich folgende Stellen:

CICERO Act. in C. Verrem I c. 12 § 36:

— qui aut deponere, aut recipere, aut accipere, aut polliceri, aut sequestres aut interpretes corrumpendi iudicii solent esse.

IDEM Orat. pro Cluentio c. XXVI § 72:

— sequester et confirmator pecuniae desiderabatur.

IDEM Orat. pro Cn. Plancio c. XVI:

Cuius tu tribus uenditorem et corruptorem et sequestrem Plancium fuisse clamitas.

Zu der ersten Stelle ist besonders zu vergleichen:

PSEUDO-ASCONIUS [1]):

Qui aut deponere] *deponitur* in sequestri; *accipitur* ab eo qui corrumpitur; *recipitur,* i. e., promittitur, ab eo, qui pro iudicaturo spondet; *pollicetur,* qui apud se dicit aut praemium aut sententiae potestatem esse. *Sequestres* sunt, apud quos pecunia deponitur; *interpretes,* per quos indicitur pactio.

Zwar werden hier sequestres und interpretes ausdrücklich geschieden. Allein es erhellt aus vielen anderen Stellen, daß man den sequester nicht bloß zur Deposition des Geldes, sondern auch zu den Unterhandlungen 2c. selbst gebrauchte.

§ 11.

Es kommt sogar vor, daß unser Wort denjenigen bezeichnet, welcher die Bestechung der Richter, die Stimmenerkaufung bei Wahlen 2c. besorgt, ohne daß deshalb besonders an die Deposition einer Geldsumme bei demselben gedacht würde. So erscheint zuerst wieder sequester in einer einfachen Bedeutung, die freilich von der ursprünglichen weit verschieden ist. Von den hierher gehörigen Stellen führe ich an:

---

[1]) CIC. Opp. ed. ORELLI. Vol. V. pars alter. p. 145.

11. QUINT. CICERO De petitione consulatus c. ult.:
Quare si aduigilamus pro rei dignitate et si nostros ad summum studium beneuolos excitamus; et si hominibus gratiosis studiosisque nostri suum cuique munus describimus, et si competitoribus iudicia proponimus; sequestribus metum iniicimus; diuisores ratione aliqua coërcemus: perfici potest, ut largitio aut nulla fiat, aut nihil valeat.

SENECA Ad Lucilium epistularum moralium lib. XX epist. I[a].[1])
— — § 3. Hoc est, mi Lucili, egregium, hoc securum ac liberum, nihil petere et tota fortunae comitia transire. Quam putas esse iucundum tribubus uocatis, cum candidati in templis suis pendeant et alius nummos pronunciet, alius per sequestrem agat, alius eorum manus osculis conterat, quibus designatus contingendum manum negaturus est, omnes adtoniti uocem praeconis exspectant, stare otiosum et spectare illas nundinas nec ementem quicquam nec uendentem?

Aber nicht bloß derjenige, welcher bei Bestechungen ꝛc. zum Unterhändler gebraucht wird, heißt sequester, sondern Jeder, welchen man als Mittelsperson in Geschäften gebraucht, die man nicht gern in eigener Person abmacht, entweder weil man nicht kann, oder weil man sich einer Last entledigen will, oder aber weil man sich scheut, sie selbst zu besorgen. In dieser Bedeutung finden wir das Wort bei

CICERO Accusat. in C. Verrem lib. II c. 44 § 108:
Is est Claudius, qui in Sicilia sequester istius, interpres, confector negotiorum, prope collega Timarchidi numerabatur —.

IDEM Orat. pro Cluentio c. VIIII § 25:
— quo sequestre in illo indice corrumpendo dicebatur esse usus —.

QUINTILIAN. Institutt. orat. l. XII c. 8[2]):
— Ne illas quidem tulerim delitias eorum, qui doceri amicos suos iubent: quamquam minus mali est, si illi saltem recte discant, recteque doceant. Sed quis discet tam bene

[1]) Nach der Ausgabe von FICKERT. Lips. 1842 sqq.
[2]) Ausgabe von P. BURMANNUS. Lugd. Bat. 1720.

quam patronus? Quomodo autem sequester ille et media litium manus, et quidem interpres, impendet aequo animo laborem in alienas actiones cum dicturus ipse non sit?

Hier ist nämlich sequester derjenige, welcher sich in einer Prozeßsache für den Anwalt von einer Partei instruiren läßt. Dabei ist freilich noch ein Anklang an die alte Nebenbedeutung, indem bei dem Stellvertreter des patronus causae gleichsam das von der Partei Vorgetragene deponirt wird.

Auch bei

Q. Aurel Symmachus Epist. III. 72[1]):

Est autem sequester sermonis mei Foelix — —

Idem Epist. IIII. 11:

Nunc euentus optabilis ueterum morum sequestrem scriptis meis praestitit

hat das Wort gleiche Bedeutung, indem es da „Vermittler der Unterhaltung durch Schrift, Briefüberbringer" heißt.

§ 12.

Wie sequester in der Bedeutung „Unterhändler" von dem früher damit verbundenen Nebenbegriff befreit worden ist, so auch in der Bedeutung „Versöhner, Wiederhersteller der Eintracht, Schiedsmann". Das Wort kommt auf diese Weise bei späteren Schriftstellern wieder zu seiner uranfänglichen reinen Bedeutung, obwohl man sich des Zusammenhangs nicht recht bewußt war. Wohl aber erinnerte man sich, daß sequester in alter Zeit „Schiedsrichter" bezeichnet hatte, und so sind es denn vorzüglich Dichter, welche, in bekannter Hinneigung zum Alterthümlichen, jetzt das Wort wieder in dieser und ähnlicher Bedeutung gebrauchen, nicht bedenkend, daß es eine ganz besondere Art von Schiedsrichtern war, welche dereinst den Namen sequester führten, und nicht gehalten von der Scheu, welche in früheren Zeiten das Volk verhindert hatte, jene Benennung auch auf andere

[1]) Ich citire Symmachus überall, wo nicht etwas Anderes ausdrücklich bemerkt ist, nach der Ausgabe von Pareus. Neap. Nemat. 1617.

12. Schiedsrichter als die von Anfang an damit bezeichneten zu übertragen. Die Stellen, auf die ich mich beziehe, sind folgende:

SENECA Ad Heluetiam matrem de consolatione c. XII § 5 [1]):
— Menenius Agrippa, qui inter patres ac plebem publicae gratiae sequester fuit, aere collato funeratus est. [2])

M. ANNAEUS LUCANUS Pharsal. l. X u. 472 [3]):
Sed neque ius mundi ualuit, neque foedera sancta
Gentibus: orator regis, pacisque sequester,
Aestimat in numero scelerum ponenda tuorum
Tot monstris, Aegypte, nocens.

C. SILII ITALICI Punicorum lib. VI uu. 346 sqq. [4]):
At noua Elissaei iurato foedere Patres
Consultant mandare duci pacisque sequestrem
Mittere, poscentes uinctam inter proelia pubem
Captiuamque manum ductore rependere nostro.

P. PAPINIUS STATIUS Theb. l. VII uu. 542, 43:
— Ubi tunc fidei pacisque sequestra
Mater eras? —

SEX. JUL. FRONTINUS Strategam. l. I c. 4 ex. 13 [5]):
Idem (*Philippus*) qui Cherronesum, quae iuris Atheniensium erat, occupare prohiberetur, tenentibus transitum non Byzantiorum tantum, sed Rhodiorum quoque et Chiorum nauibus, conciliauit animos eorum reddendo naues, quas ceperat, quasi sequestres futuros ordinandae pacis inter se atque Byzantios, qui causa belli erant.

Gleiche Bedeutung hat auch das Adjectivum sequestris bei:

VERGIL. Aen. l. XI uu. 133 sq.:
— — et pace sequestra
Per siluas Teucri mixtique impune Latini
Errauere iugis.

---

[1]) Ausg. von F. HAASE. Lips. 1852.

[2]) Aehnlich wird bei LIVIUS II c. 32 Menenius Agrippa: „interpres arbiterque concordiae ciuium" genannt.

[3]) Ausg. von C. F. WEBER. Lips. 1821.

[4]) Ausg. von G. A. RUPERTI. Gott. 1795.

[5]) Ausg. von PETR. SCRIVERIUS. Lugd. Bat. 1633.

Statius Theb. l. II u. 425 sq.: 12.

— — nunc omnia quando
Plena minis, nec sceptra fide, nec pace sequestra
Poscitis — — —.

Aurel. Prudentius Clemens Hamartig. uu. 909 sqq.[1]:

Sic arcana uidet tacitis cooperta futuris
Corporeus Joannis adhuc, nec carne solutus,
Munere sed sompni, paullisper carne sequestra
Liber ad intuitum sensuque oculisque peragrans
Ordine dispositos uenturis solibus annos
Procinctum uidet angelicum, *etc.*

§ 13.

Schon oben haben wir gesehen, daß dem Zwischenmann oder Unterhändler, welchen man sequester nannte, nicht immer die anständigsten Verrichtungen aufgetragen waren. Vielmehr bekam unser Wort dadurch, daß man Unterhändler bei Bestechungen ꝛc. damit bezeichnete, eine etwas schmutzige Nebenbedeutung. In dieser unanständigen Richtung wird es nun noch weiter gebraucht. Der sequester ist auch Vermittler und Helfer bei allen Schandthaten. So findet sich das Wort (zunächst übertragen) bei

Valerius Maximus De dictis factisque memorabilibus l. IX c. 1 § 7[2]:

P. autem Clodii iudicium quanta luxuria et libidine abundauit? in quo ut euidenter incesti crimine nocens reus absolueretur, noctes matronarum et adulescentium nobilium, magna summa emptae, mercedis loco iudicibus erogatae sunt. Quo in flagitio tam tetro, tamque multiplici, nescias primum quem detestare; an qui istud corruptelae genus excogitauit, an qui suam pudicitiam sequestrem periurii fieri passi sunt, an qui religionem stupro permutarunt.

Ferner bei

[1] Ausg. von Th. Obbarius. Tub. 1845.

[2] Ausg. von C. B. Hase. Paris 1823.

13. AMMIANUS MARCELLINUS Historiar. siue rerum gestar. lib. XIIII c. 7 § 21[1]:

Iamque lituis cladium concrepantibus internarum non celate, ut antea, turbidum saeuiebat ingenium, a ueri consideratione detortum: et nullo impositorum uel compositorum fidem sollemniter inquirente, nec discernente a societate noxiorum insontes, uelut exturbatum e iudiciis fas omne discessit: et causarum legitima silente defensione, carnifex rapinarum sequester, et obductio capitum, et bonorum ubique multatio uersabatur per orientales prouincias.

Der Sinn der letzten Worte aber ist jedenfalls: „Bei der Auflösung jeglichen Rechtszustands war Niemand seines Lebens und Vermögens sicher: der Henker, Hinrichtungen, Einziehungen des Vermögens waren in den östlichen Provinzen an der Tagesordnung." Doch warum heißt der Henker rapinarum sequester? Gewiß weil man diejenigen Personen, deren Vermögen man haben wollte, ohne Weiteres (causarum legitima silente defensione) hinrichten ließ. So war er der Vermittler des Raubs.

Besonders häufig wird sequester gebraucht, wenn man von Unterhändlern zur Unzucht rc., Kupplern rc. spricht:

L. APULEIUS MADAURENSIS Metam. l. IX c. 15[2]:

— — Sed anus quaedam, stupri sequestra et adulterorum internuntia, de die quotidie inseparabilis aderat.

IBID. l. VI c. 31:

Nec nos memoria deseruit utique, quid iamdudum decreueritis de isto asino, semper pigro quidem sed manducone summo, nunc etiam mendaci fictae debilitatis et uirginalis fugae sequestro ministroque.

IULIUS FIRMICUS MATERNUS Astron. VI. 31[3]:

☽ si in MC fuerit inuenta, et cum ea ♂ et ♄ constituti, aequata partium societate iungantur, aut sequestres, aut turpium libidinum ministros facient, ita ut ex tali quaestu, quotidiana illis uitae praesidia comparentur.

---

[1]) Ausg. von J. A. WAGNER. Lips. 1808.

[2]) Ausg. von D. G. F. HILDEBRAND. Lips. 1842.

[3]) Ausg. von NIC. PRUCKNER. Basil 1533.

Imppp. VALENTINIANUS, VALENS et GRATIANUS in C. 1 C. Th. 13. de nuptiis (3. 7):

Viduae intra uicesimum et quintum annum degentes etiamsi emancipationis libertate gaudent, tamen in secundas nuptias non sine patris sententia conueniant. In oppugnationem cessent itaque sequestres atque interpretes taciti nuntii renuntiique corrupti. Nuptias nobiles nemo redimat, nemo sollicitet, sed publice consulatur affinitas, adhibeatur frequentia procerum *etc.*

Dabei ist zu bemerken, daß diese Constitution nur von der Wiederverheirathung der Wittwen senatorischen Rangs handelt und daß durch ihre Vorschrift einem Scandal, welcher damals oft vorgekommen zu sein scheint, nämlich daß hochgestellte verwittwete Frauen durch Vermittlung von Kupplern unstandesgemäße Ehen schlossen, vorgebeugt werden sollte.[1])

Nach allem diesen ist es nicht wunderbar, wenn bei Firmicus Maternus das Wort sequester geradezu in der Bedeutung „Gehülfe eines Verbrechens, Hehler" ꝛc. vorkommt.

Astron. l. III c. 13:

— — Erunt etiam fideiussores, et qui ex hac re, maximis periculis conquassentur atque ad humilitatem, paupertatemque deueniant; quod cum illis contigerit, illicitarum quarundam artium auctores erunt, unde uel sequestres, uel conscii in quibusdam malis comprehensi, maximis periculorum laqueis implicantur, ita ut damnationis animaduersione plectantur.

§ 14.

Nachdem wir aus vielen Beispielen ersehen haben, wie das Wort sequester etwa schon seit Cicero ohne seine alte, auf ein Depositum hinzeigende Nebenbedeutung sich findet, ist es notwendig, zu fragen, ob und in wie weit die letztere sich noch in späteren Zeiten erhalten hat? Denken wir uns den früheren Inhalt des Worts aus Zwischenmann und Depositar zusammengesetzt, so ist der letztere Begriff nach der

---

[1]) Vgl. den Commentar des JACOB. GOTHOFREDUS zu dieser Stelle.

14. einen, bisher betrachteten Seite hin ganz eingeschrumpft und verloren gegangen. Umgekehrt kann aber auch der erste Begriff geschwunden, dagegen der letztere zu größerer Bedeutung gekommen sein. Dieß ist nun auch wirklich der Fall. Bereits haben wir einzelne Beispiele kennen gelernt, wo das Depositum hervor-, der Begriff „Vermittler oder Entscheider" dagegen zurücktrat (s. oben die Stellen in § 10). Noch mehr ist dieß der Fall überall, wo sequester im juristischen Sinne gebraucht wird. Wir würden unserer Entwicklung vorgreifen, wenn wir jetzt schon näher darauf eingehen wollten. Doch so viel sei einstweilen bemerkt, daß in juristischer Beziehung der sequester immer Depositar ist, daß er dabei aber auch jederzeit die Befugnisse eines Entscheiders auszuüben hat, obwohl sich mitunter die letzteren auf ein Minimum reduciren, indem er bloß beurteilt, ob die Bedingung eingetreten sei, unter welcher dem Einen oder dem Anderen der Deponenten restituirt werden muß (vgl. § 22). Die Stellen bei Juristen und Nichtjuristen, in welchen sequester in der angegebenen Bedeutung vorkommt, werden wir unten kennen lernen. Hier will ich nur noch einiger von sequester abgeleiteten Wörter gedenken, namentlich des Verbum sequestrare, welches bald so viel als „bei einem sequester deponiren", bald aber überhaupt so viel als „deponiren oder aufbewahren" heißt.

Q. S. Florens Tertullianus Aduersus Valentinianos c. 25[1]): Inerat autem in Achamoth ex substantia Sophiae matris peculium quoddam seminis spiritalis, sicut et ipsa Achamoth in filio Demiurgo sequestrauerat, nec hoc quidem gnaro. Accipe industriam clandestinae prouidentiae huius. Ad hoc enim et deposuerat et occultauerat, ut — —.

Idem De anima c. 25:
Ceterum semen ex concubitu muliebribus locis sequestratum — —.

Ibid. c. 55 i. f.:
Habens etiam de paradiso a nobis libellum, quo constituimus omnem animam apud inferos sequestrari in diem domini.

---

[1]) Ausg. von F. Oehler. Lips. 1853. 54.

Ibid. c. 58: 14.
Aut nihil uis agi illic, quo uniuersa humanitas trahitur, quo spes omnis sequestratur.

Idem De resurrectione carnis c. 38:
Post dicta domini facta etiam eius quid sapere credamus, de capulis, de sepulchris mortuos resuscitantis? Cui rei istud? Si ad simplicem ostentationem potestatis, aut ad praesentem gratiam redanimationis, non adeo magnum illi denuo morituros suscitare. Enimuero si ad fidem potius sequestrandam futurae resurrectionis, ergo et illa corporalis praescribitur de documenti sui forma.

Ibidem c. 27:
Proinde enim et corpora medicata condimentis sepulturae mausoleis et monumentis sequestrantur processura inde cum iusserit dominus.

Servius Comm. in Vergil. Buccol. III. 31:
Depono; in sponsione colloco, sequestro.
Quo pignore; qua sponsione, quia pignus sponsioni est.

Q. Aurel. Symmachus Epistul. l. X epist. 50:
— Interea sequestrato Lollianae C. F. nomine — —.

Idem Epist. l. X epist. 53 (s. u. Buch 2 Kap. 1).

Aurel. Prudentius Clemens Cathemerinon X. Hymn. in exequiis defunctorum:

u. 127: Nunc suscipe terra fouendum,
Gremioque hunc concipe molli:
Hominis tibi membra sequestro,
Generosa et fragmina credo.
— — — — — —
— — — — — —

u. 133: Tu depositum tege corpus
— — — — — —

u. 137: Veniant modo tempora iusta
Cum spem deus impleat omnem:
Reddat patefacta necesse est,
Qualem tibi trado figuram.

14. Bei Tertullian (De resurrectione carnis c. 52) kommt auch ein Wort sequestratorium vor für „Aufbewahrungsort".

§ 15.

Was bei einem sequester oder sonst wie deponirt wird, muß von dem übrigen Vermögen des bisherigen Inhabers abgesondert und gleichsam allein, eigens gelegt werden. So ist es zu erklären, wenn in späteren Zeiten sequestrare oft so viel heißt, als „absondern, trennen, allein stellen, entfernen, vollenden oder abmachen (gleichsam: „fertig bei Seite legen"), aufschieben („unfertig bei Seite legen"), aufheben". Der Uebergang von „aufbewahren, niederlegen" zu „absondern, trennen" läßt sich erkennen aus folgender Stelle:

Tertullian. De anima c. 14:
Haec omnia quibus titulis nuncupentur, et quibus ex se diuisionibus detineantur, et quibus in corpore metationibus sequestrentur, medici potius cum philosophis considerabunt, nobis pauca conuenient.

Alle übrigen hier anzuführenden Stellen gehören der späteren Zeit an. Zunächst mögen genannt werden folgende kaiserliche Constitutionen:

C. 21 C. Th. de feriis (2. 8):
Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Tatiano Pf. P. Actus omnes seu publici seu priuati diebus quindecim Paschalibus sequestrentur. Dat. VI. Kal. Iun. Constantinopoli, Arcadio A. II. et Rufino Coss. (392.)

C. 18 C. Th. de exactionib. (11. 7):
Impp. Honorius et Theodosius AA. Anthemio Pf. P. Largitionalium titulorum exactionem, palatinorum obsequiis uetustatis more consecratam, iuxta priscam consuetudinem celebrari censemus; recens conditae legis in hac parte auctoritate sequestrata, quae ritu uetustatis neglecto, palatinae munera dignitatis intempestiua legatorum Achiuorum admonitione abstulerat. — — Dat. V. Kal. Oct. Constantinopoli, Honorio VIII. et Theodosio III. AA. Coss. (409.)

C. 5 C. Th. de censitorib. (13. 11): 15.
Imppp. Theodosius, Arcadius et Honorius AAA. Rufino Pf. P. — — Emenso autem eo tempore, actio denegabitur; sequestratis minoribus, qui fuerint indefensi; his etiam, qui aberunt causa reipublicae. — — Dat. III. Kal. Dec. Constantinopoli, D. N. Theodosio A. III. et Abundantio, V. C. Coss. (393.)

Ferner führe ich noch an aus nichtjuristischen Schriftstellern jener Zeit:

Arnobius Disputationum aduersus gentes l. V c. 19[1]:
Bacchannalia etiam praetermittamus immania, quibus nomen Omophagiis Graecum est: in quibus furore mentito, et sequestrata pectoris sanitate, circumplicatis uos anguibus, atque ut uos plenos Dei numine ac maiestate doceatis, caprorum reclamantium uiscera, cruentatis oribus dissipatis.

Vegetius Renatus Artis ueterinariae siue mulomedicinae lib. II c. 1 § 5[2]):
— et quiescere etiam ab omnibus rebus et etiam sequestratum temperato tempore, et inambulationibus leuibus animal commoueri.

Q. Aurelius Symmachus Epist. l. I ep. 55:
Quare oblatam concordiam non refuto. Sequestrata consideratione fortunae redeat in gratiam, qui mouit offensam.

Idem l. V ep. 40:
Quid, quod sequestrata affectione inuideo tecum futuris?

Idem l. I ep. 68:
— — cui maturam praestabis effectum, ut sequestratum paullisper officium regressus arripiat.

Idem l. VI ep. 76:
— — Ego ad sanitatem lento adhuc gradu prouehor: atque ideo itineris ulterioris ambiguus usque ad profectum deliberationem sequestro.

Macrobius Comm. in somm. Scipion. l. I c. 5 § 6:
Cum totum denique corpus nominas etiam superficies hoc uo-

---

[1]) Ausg. von J. C. Orelli. Lips. 1816.
[2]) Ausg. von J. G. Schneider. Lips. 1797.

15\. cabulo continetur: de corporibus eam tamen etsi non res sed intellectus sequestrat.

Derselbe in vielen anderen Stellen, so Comm. I. 5, 13. I. 6, 8. I. 8, 8. I. 10, 4. I. 5, 33. II. 14, 10 und anderwärts.

AMMIANUS MARCELLINUS Historiar. siue rerum gestar. l. XVII c. 13 § 29:

His sequestratis, Limigantes quoque fortitudine superauimus pari *etc.*

C. SOLLIUS APOLLINARIS SIDONIUS Epistul. l. I epist. ult.[1]):
Gratianensis omni ab infamia uir sequestrandus.

ANICIUS MANLIUS SEVERINUS BOETHIUS De consolatione philosophiae lib. II c. 5[2]):

Nam haec per se a tuis quoque opibus sequestrata placuissent.

Auch das Adverbium sequestratim wird in ähnlicher Bedeutung gebraucht:

MAGNUS AURELIUS CASSIODORUS Variar. l. XI epist. I^a ad fin.[3]):

Quaeratis forsitan sequestratim Principis bona: abunde praedicat sobolem, qui eius laudat auctorem.

Ebenso ein von dem Verbum sequestrare abgeleitetes Substantivum sequestrator, das bei Symmachus Epist. l. VIII ep. 54 vorkommt und so viel bedeutet als Absonderer, bei Seite Setzer, Aufheber.

In einer Stelle des

BOETHIUS De consolatione philos. l. III c. 2:

An in bonis non est numeranda potentia? Quid igitur? Num imbecillum ac sine uiribus aestimandum est, quod omnibus rebus constat esse praestantius? an claritudo nihili pendenda est? Sequestrari nequit, quin omne quod excellentissimum sit, id etiam uidetur esse clarissimum;

ist das kritisch zweifelhafte „sequestrari“ um so bedenklicher, als es die Bedeutung: „geläugnet, bezweifelt werden“ haben würde,

---

[1]) Ausg. von JAC. SIRMONDI. Paris 1614.

[2]) Ausg. von. TH. OBBARIUS. Jen. 1843.

[3]) Ausg. von J. GARETIUS. Venet. 1729.

welche anderwärts nicht vorkommt und nur gezwungen an die übrigen Bedeutungen von sequestrare angeknüpft werden könnte.[1]) 15.

§ 16.

Zum Schluß dieser Einleitung will ich noch dasjenige zusammenstellen, was ich in alten Glossaren über die Bedeutung der Wörter sequester, sequestrare etc. habe finden können, indem dadurch das bereits Vorgetragene mehrfach unterstützt und bestätigt wird.

1. Cyrilli Philoxeni aliorumque ueterum auctorum glossar. lat.-graec. et graec.-lat. a Carolo Labbaeo collecta etc. Paris 1679[2]):

Sequester, *μεσίτης, ἔντριτος, συνθηκοφύλαξ, μεσέγγυος*. c. *μεσίτης*. c. *ἔντριτος*. e. *προσαγωγεύς*. o.

Sequestracio, *μεσεγγύη* c. *μεσιτεία* c.

Sequestro, *μεσεγγυῶ* c. *μεσιτεύω* c. *ἀποχωρίζω* o.

Μεσιτεύω, Sequestro, Interuenio.

†*Μεσιτεία*, Arbitrium, Sequestracio, Arbitratus, Arbitrium. S.

τῇ †*μεσιτείᾳ*, Interuentu. E.[3])

μεσίτης, Sequester, Arbitrator, Mediator, Arbiter. P. Arbiter. P. idem S.

---

[1]) Vgl. Obbarius Anm. zu dieser Stelle auf S. 142 seiner Ausgabe.

[2]) Ich gebrauche den neuen Abdruck dieses Glossars, welcher unter dem Titel: Caroli Labbaei Glossaria graeco-latina et latino-graeca cum aliis opusculis Londini 1816-26. erschienen ist. — Zu bemerken ist, daß die Bedeutungen ohne nachfolgenden Buchstaben unverändert aus dem latein.-griech. und griech.-latein. Glossar des H. Stephanus (ex Ms. biblioth. Monasterii S. Germani. Paris 1572.) entnommen sind; was mit C (Cyrillus) bezeichnet ist, hat Labbaeus aus dem griech.-latein. Glossar des Stephanus in sein latein.-griech. Glossar herübergenommen und umgekehrt ist das mit P (Philoxen.) Bezeichnete aus dem lat.-griech. Glossar des Stephanus in das griech.-latein. des Labbaeus übergegangen. Durch E werden die von Labbaeus näher beschriebenen Excerpte, durch O das sogenannte Onomasticon, durch S eine von Labbaeus benutzte Sylloge bezeichnet. Vgl. die Vorrede des Labbaeus zu seinem Glossar p. V.

[3]) Bei Theophilus Paraphr. Institution. II. 18, 3 a. E. findet sich *ἀνδρὸς ἀγαθοῦ μεσιτείᾳ* für boni uiri arbitratu.

16. *μεσίτης †ἔντριτος*, Sequester. P.
†μεσιτεία, Arbitrium. P. Interuentio. P.

2. Glossar des A. Mai[1]):
Sequester, interpres.
Sequester, pedissequus aut discretor.

3. Glossar aus einem Manuscript der Amplonianischen Bibliothek zu Erfurt, zusammengestellt von Fr. Oehler.[2])
Sequester, byrgea.[3])
Sequester, susceptor pignoris.
Sequestra, sepone.
Sequester, susceptor pignoris uel obses.

4. Nic. Heinsius[4]) führt aus einer handschriftl. Glosse an:
Sequester *ἐστὶ παρ' ᾧ πολλοὶ ἐπίδικον παραδέδονται πρᾶγμα.*

Damit stimmt fast wörtlich überein eine Glosse in den sog. glossae nomicae des C. Labbäus[5]):
Σεκουέστωρ. μεσεγγυητὴς παρ' ᾧ πολλοὶ ἐπίδικον παρατίθενται πρᾶγμα ἐπὶ δήλῳ ὅρῳ.

Zu vergleichen damit sind die Worte der Basiliken II. 2, 107 (Heimbach T. I p. 50).[6])

5. Barnab. Brissonius[7]) citirt aus einem alten Glossar:
Sequester est, apud quem res litigiosa deponitur, ut ei, qui eam meruit, reddatur
und weiter:
sequester est, qui contestantibus medius interuenit.

---

[1]) Vgl. oben S. 16 Not. 1.
[2]) Im „Archiv für Philologie und Pädagogik" Bd. XIII Heft 2.
[3]) Angelsächsisch, s. v. a. Bürge.
[4]) Zu Ovid. Fast. lib. I u. 287.
[5]) Veteres Glossae uerborum iuris quae passim in Basilicis reperiuntur. Paris 1606. Abgedruckt in Ottonis Thesaur. iur. ciuil. Tom. III p. 1706 sqq. Außer den oben angeführten Glossen findet sich dort auch noch *Σουκέστωρ* (soll wohl heißen *Σουκέσσωρ*), *διάδοχος* und *Σουκέστορι, τῷ μεσίτῃ.*
[6]) S. unten § 17 S. 35 Not. 2.
[7]) De V. S. s. u. sequester (Ed. Heinecc. p. 1241).

Erstes Buch.

Das ältere Römische Recht.

Erstes Kapitel.

Begriff der Sequestration und das Verhältniß der Deponenten zu dem Sequester.

§ 17.

In den Justinianischen Digesten finden sich mehrere Begriffs- 17. bestimmungen von sequester, in welchen aber überall die von uns oben gefundene Grundbedeutung des Worts nicht besonders hervortritt. Die wichtigsten der einschlagenden Stellen sind:

Fr. 110 [109] de V. S. (50. 16):

Modestinus (libro VI° Pandectarum)

Sequester dicitur apud quem plures eandem rem, de qua controuersia est, deposuerunt; dictus ab eo, quod occurenti aut[1]) quasi sequenti eos, qui contendunt committitur.[2])

Fr. 6 depositi (16. 3):

Paullus (libro II° ad Edictum)

Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.[3])

---

[1]) Anstatt aut haben manche Vulgathss. et. So das Ms. Biblioth. Bambergens. D I 8.

[2]) Diese Stelle ist in den Basiliken (II. 2, 107. Heimbach Tom. I p. 50) wiedergegeben: *Μεσεγγυητής ἐστι παρ' ᾧ πολλοὶ ἐπιδίκον παράθωνται* (al. *παρατίθενται*) *πρᾶγμα*. Vgl. § 16 sub 4 a. E.

[3]) Gronovius (und nach ihm Ernesti) ad Tacit. Annal. l. III c. 71 will

Fr. 17 eod.:

FLORENTINUS (libro VII° Institutionum)

Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit, quum aliqua res in controuersiam deducitur; itaque hoc casu in solidum unusquisque uidetur deposuisse, quod aliter est, quum rem communem plures deponunt.

Die Sequestration — um gleich diesen Ausdruck für depositio apud sequestrem zu brauchen — ist demnach eine besonders qualificirte Art des Depositum: mehrere Personen hinterlegen eine Sache bei einem Dritten mit der Bestimmung, daß dieselbe nach Eintritt einer gewissen Bedingung dem Einen von ihnen ausgehändigt werden solle. Dabei liegt der Nachdruck darauf, daß Mehrere die Sache deponirt haben müssen, und zwar Jeder (unusquisque) in solidum: nicht etwa eine gemeinsame

---

anstatt „in sequestre est depositum" lesen: „sequestro est positum"; denn es sei durchaus unlateinisch, zu sagen „esse sequestre [aliquid]" aut „in sequestre". Wenn nun auch zugegeben werden muß, daß „in sequestro" oder „sequestro ponere" häufig vorkommt (so z. B. bei PLAUT. Rud. IIII. 3, 79. GELL. Noct. Att. 20. 11) und wohl die ursprüngliche Form ist, so kann doch auch nicht geläugnet werden, daß in der späteren Zeit sich oft „in sequestre deponere" und „in sequestre ponere" findet (so z. B. PSEUDO-ASCON. in Act. I. in C. Verrem c. 12 § 36; c. 6 C. Th. de liberal. causs. [4. 8] i. f.) und es ist wohl möglich, daß dieser Sprachgebrauch schon bei den classischen Juristen herrschend war. Auf die HSS. ist in dieser Beziehung kein Verlaß. So liest die Florentina in Fr. 33 depositi (16. 3) „in sequestre", während HALOANDER und die Vulgathss. meistens „in sequestro" haben. Vgl. BRENKMANN Not. 20 ad h. l. in der Göttinger Ausg. des Corp. iur. In der obigen Stelle hat die Florentina ebenfalls „in sequestre", Vulgathss. dagegen (wie Mss. Bamberg. D II 1 und D I 6) „in sequestro". (Auch Ms. Bamberg. D I 13 hat ursprünglich „in sequestro", doch ist dieß durch die Hand des Correctors in „in sequestrē" umgewandelt worden.) Mir ist es wahrscheinlich, daß die Compilatoren, dem Sprachgebrauch ihrer Zeit folgend, in der Compilation überall „in sequestre" setzten, auch da, wo die alten Schriftsteller vielleicht „in sequestro" oder bloß „sequestro" hatten. Spätere Abschreiber verwandelten das „in sequestre" nach Belieben wieder in „in sequestro" ꝛc.; was aber ursprünglich der Verfasser der Stelle schrieb, läßt sich auf keine Weise mehr erkennen. Vgl. übrigens Böcking, Pandekten-Institutionen 1. Bd. 2. Aufl. S. 482 und oben S. 3 Note 1 u. 2.

Sache, von der Jeder eine pars quota zu fordern hat[1]), son- 17.
dern eine Sache, bei der es noch ungewiß, wer von Beiden dieselbe von dem Depositar zurückverlangen kann.[2]) Nicht gerade nötig ist es, daß beide Deponenten in eigener Person bei dem sequester deponiren, vielmehr kann dieß so geschehen, daß der Eine die Deposition vornimmt und dabei bemerkt, er handle für sich und zugleich für den Anderen (iussu alterius).[3]) Daher entsteht aus einem Factum zwischen Jedem der Deponenten und dem sequester eine resolutiv bedingte[4]) Obligatio in der Weise, daß, wenn die Bedingung der einen Obligatio deficirt, die der anderen existent wird und umgekehrt. Nur Einer oder der Andere der Sequestranten kann je nach Ausfall der Bedingung

[1]) Ueber die Deposition einer res communis vgl. Ulpian: Fr. 1 § 44 i. f. depositi (16. 3) u. § 31 ibid. Uebrigens kann eine res communis von den Theilhabern auch wirklich sequestrirt werden, z. B. wenn diese sie mit der Bestimmung hinterlegen, daß der Sequester sie dem Ueberlebenden ganz zurückgebe. Vgl. u. § 80.

[2]) Daß die deponirte Sache gerade jetzt schon eine streitige sei, ist, wie aus Fr. 6 depositi hervorgeht und wie sich unten noch zeigen wird, nicht notwendig. Es ist genügend, wenn nur überhaupt das rechtliche Schicksal der Sache noch ungewiß ist. Vgl. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civil-Rechts. 4. Aufl. 1. Bd. § 50 S. 132.

[3]) Africanus Fr. 39 de solutionib. (46. 3). Ulpianus Fr. 9 § 3 de dolo (4. 3). Vgl. § 50 und überhaupt über die Stellvertretung beim Depositum: Fr. 1 § 11 depositi (16. 3).

[4]) Man könnte einwenden, daß z. B. im Fall eines Eigenthumsstreits über die sequestrirte Sache die Bedingung eine conditio in praesens collata, also keine eigentliche Bedingung, sei. Allein auch da wird die Fortdauer der Obligatio nicht davon abhängig gemacht, daß der Deponent im Augenblick der Deposition Eigenthümer sei, sondern davon, daß der den Eigenthumsprozeß Entscheidende den Deponenten für den Eigenthümer erklären werde, eine Entscheidung, die in Folge unregelmäßiger Prozeßführung ꝛc. auch eintreten kann, ohne daß der Deponent im Augenblick der Deposition Eigenthümer war. Uebrigens muß man sich die Bedingung so gefaßt denken: A deponirt bei C die Sache X, dieses Depositum aber soll kein Depositum sein, wenn für das Eigenthum des B an der Sache X günstig entschieden wird. Existirt dann die Bedingung, so wird resolvirt, deficirt sie, so bleibt die Obligatio bestehen. Das Depositum des B aber geschieht so: B deponirt die Sache X, dieses Depositum soll kein Depositum sein, wenn für das Eigenthum des A an der Sache X entschieden wird.

17. die fragliche Sache zurückfordern, weshalb auch an solidarische Obligationen überall nicht gedacht werden darf, eben so wenig wie Ulpian in

Fr. 1 § 44 depositi (16. 3):

Sed si duo deposuerint, et ambo agant, si quidem sic deposuerunt, ut uel unus tollat totum, poterit in solidum agere,

den Fall einer Sequestration vor Augen gehabt hat. Hier war es nicht von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht, welcher der Deponenten die Sache sollte zurückverlangen können, sondern es war vielmehr der Wille der Contrahenten darauf gerichtet, dem einen Deponenten sowohl, wie dem anderen, die Einforderung der ganzen Sache zu ermöglichen.

§ 18.

Wir haben den Nachdruck darauf gelegt, daß bei der Sequestration mehrere Personen die Sache deponirt haben müssen. Es giebt der Sequestration ganz ähnliche Fälle, die aber doch, gerade weil die Deposition nur von einer Person geschehen ist, nicht denselben juristischen Charakter tragen. Einen solchen erwähnt Ulpian in

Fr. 18 (20 Vulg. 19 Hal.) de praescript. uerbis (19. 5):

Si apud te pecuniam deposuerim, ut dares Titio, si fugitiuum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit, si pecuniam mihi non reddas, melius est praescriptis uerbis agere; non enim ambo pecuniam ego et fugitiuarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum.

A deponirt 100 bei B, damit dieser sie dem Titius gebe, wenn Letzterer den flüchtigen Sclaven des A zurückgebracht haben werde. Natürlich ist dabei stillschweigend verstanden, B solle die 100 dem A zurückgeben, wenn Titius den Sclaven nicht zurückbringe. So ist durch die Deposition der 100 zwischen A und B eine sogenannte alternative Obligation entstanden: es ist eine andere Leistung, wenn B dem Titius im Auftrage des A 100 zahlt, eine andere, wenn B dem A seine 100 restituirt. Beide Leistungen sind in obligatione, aber nur eine in solutione, und welche dieß sei, hängt vermöge ausdrücklicher Bestimmung von dem Eintritt oder Nicht-

eintritt eines zukünftigen noch ungewissen Umstands, also von einer Bedingung ab. Deshalb ist jedoch nicht etwa die obligatio selbst eine bedingte, eben so wenig wie wenn die Wahl der alternativ geschuldeten Leistung dem Debitor oder durch ausdrückliche Bestimmung dem Creditor anheimgegeben war. Ueberall ist nur A, nicht etwa auch Titius Creditor, und die Obligatio zwischen A und B existirt von Anfang an unbedingt. Daraus erhellt schon, daß eine Sequestration, trotz der äußeren Aehnlichkeit des Verhältnisses, hier nicht vorliegt, und dieß spricht der Jurist geradezu aus: „non enim ambo pecuniam ego et fugitiuarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum." Offenbar ist der vorliegende Vertrag aus Depositum und Mandatum gemischt und daher nimmt Ulpian, wie überall, wo bei einem durch Hingabe der Sache perfect gewordenen Rechtsgeschäft die einzelnen Merkmale der ordentlichen Contractsbegriffe zweifelhaft waren, fehlten oder mit einander concurrirten, ohne daß sie sich alle unter einen benannten Contract subsumiren ließen, einen Innominatcontract an.[1]) Er schreibt dem A die actio praescriptis uerbis zu, womit dieser eintretenden Falls die Leistung an Titius ebensogut hätte erzwingen können, wie er jetzt, da die Bedingung, unter welcher an Titius zu zahlen war, ausgeblieben, mit dieser Klage die Rückgabe der 100 erlangen kann. Auffallend ist nur Eines, daß nämlich Ulpian in einem ähnlichen Fall durchaus abweichend entscheidet.

18.

Fr. 1 § 12 depositi (16. 3):

Quodsi rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, uidendum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et POMPONIUS dubitat, puto tamen, mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem.

---

[1]) Fr. 1—4 de praescript. uerb. (19. 5). Dabei bin ich auch überzeugt daß die Röm. Juristen, zumal die älteren, die actio praescriptis uerbis ausschlossen, wo eine andere Klage begründet war (Vgl. Fr. 5 §§ 2. 4 eod.), so daß in dem Obigen nicht etwa daran gedacht werden kann, daß außer der actio praescriptis uerbis noch andere Klagen begründet, aber vom Juristen mit Stillschweigen übergangen seien.

18. In unserer vorigen Stelle gab A dem B Geld, um es dem Titius zu zahlen, wenn dieser seinen (des A) Sclaven zurückgebracht haben werde; hier übergiebt A dem B eine Sache, um sie dem Titius auszuhändigen oder sie aufzubewahren, wenn dieser sie nicht annehmen würde. Die Aehnlichkeit beider Rechtsgeschäfte ist einleuchtend, die Verschiedenheit aber folgende. In dem zweiten Fall beauftragte A den B, die Sache dem Titius zu geben; falls Letzterer die Acceptation verweigere — was nicht gerade sehr wahrscheinlich —, sollte er dieselbe im Gewahrsam behalten; es war also in das Mandat auch der Auftrag, eventuell custodia zu üben, miteingeschlossen: plenius fuit mandatum habens et custodiae legem. Das Mandat ist der Intention der Parteien gemäß die Hauptsache, der Auftrag zur custodia wird nur als eine besondere, in dem Mandat mitenthaltene Bestimmung betrachtet.[1]) Anders im ersten Fall. Da ist der Hauptcontract das Depositum: B soll das Geld aufbewahren; ein Mandat ist nur für den möglichen, aber weder besonders wahrscheinlichen, noch besonders unwahrscheinlichen Fall hinzugefügt, daß Titius den Sclaven zurückbringen werde. Das Mandat tritt daher hinter das Depositum zurück; allein das Letztere kann seiner Natur nach das Mandat nicht in sich aufnehmen, es wäre unmöglich zu sagen: plenius fuit depositum habens et mandati legem.

§ 19.

Hier nun entsteht die Frage: Wie kommt es, daß der Satz aufgestellt werden konnte: plenius est mandatum habens et custodiae legem, nicht aber umgekehrt: plenius est depositum habens et mandati legem? Puchta[2]) sagt: „Der Depositar verpflichtet sich, die Sache in seinem Gewahrsam stehen zu lassen; durch weitere Obliegenheiten, die er übernimmt, wird der Vertrag zum Mandat." Diese Behauptung stützt sich auf Fr. 1 § 12 depositi (16. 3). Allein die Unrichtigkeit derselben geht schon aus Fr. 18 de praescript. uerbis (19. 3) hervor, und es wird sich dieselbe

[1]) Vgl. PAULLUS Fr. 5 § 4 de praescript. uerb. (19. 5).
[2]) Pandekten § 321.

bei genauerer Betrachtung der Pflichten des Sequester unten noch 19. weiter ergeben. Die Römer erkennen an, daß der contractus depositi durch eine sogleich beigefügte Nebenbestimmung modificirt, bezüglich erweitert werden könne.[1]) Nur nicht ein wirkliches Mandat darf zu demselben hinzukommen, denn dann soll die actio praescriptis uerbis, also der Gesichtspunkt des Innominatcontracts Platz greifen. Das aber hat seinen Grund darin. Nach seiner eigentlichen Natur ist das Depositum bloß ein Mandat; es enthält den Auftrag des Deponenten an den Depositar, die deponirte Sache zu bewahren. Doch ist es eine besondere Art des Mandats, dadurch ausgezeichnet, daß mit dem Mandat das Anvertrauen einer dem Deponenten gehörigen Sache verbunden wird, also ein Mandat, bei welchem das credere des Auftraggebers besonders stark hervortritt. Darin aber, daß die Sache dem Beauftragten hingegeben wurde, lag der Grund, weshalb wohl von den ältesten Zeiten an das Depositum klagbar war, so daß man die anvertraute Sache durch persönliche Klage zurückverlangen konnte. Wir können füglich aufstellen: Das Depositum ist eine Art des Mandats, welche sich als Realcontract darstellt und deshalb Klagbarkeit hatte, seitdem diese den Realcontracten überhaupt zukam. Der Satz aber, daß re eine vom Staat als vollgültig anerkannte Obligatio auf Rückleistung des Anvertrauten entstehe, ist gewiß eben so alt als derjenige, daß uerbis und literis eine durch Klage erzwingbare Verpflichtung erwachse.[2]) Im Gegensatz dazu kann unbedenklich angenommen werden, daß die Bestimmung, wonach auch einzelnen nudo consensu eingegangenen Verträgen Klagbarkeit ertheilt wurde, erst späteren Ursprungs ist, indem in ihr eine Abweichung von dem Grundgedanken liegt, daß jeder Vertrag zu seiner vollen vom Staat anerkannten Wirksamkeit — die eben in

---

[1]) Ulpian Fr. 1 § 6 depositi (16. 3). Fr. 1 § 22 eod. Fr. 7 §§ 5 sqq. 15. Fr. 50 de pactis (2. 14).

[2]) Ist ja überhaupt von jeher der Grundsatz anerkannt, daß, wenn der Eine etwas geleistet hat, die Leistung des Mitcontrahenten aber ausbleibt, das von dem Ersten dem Zweiten Anvertraute zurückgefordert werden kann. Vgl. Bekker, de emptione uenditione quae Plauti fabulis fuisse probetur. Berol. 1853 p. 8 und dazu Dernburg in der (Heidelberger) Krit. Zeitschrift 2. Bd. S. 99.

19. der Gestattung einer actio liegt — einer äußeren Form, einer ciuilis causa bedürfe. „Die Einkleidungen von Kauf- und Miethverträgen in Stipulationen, die uns Cato und Varro erhalten haben, waren darum in Gebrauch gekommen, weil in älterer Zeit der reine Consensualcontract keine streng bindende Verpflichtung erzeugte."[1])

§ 20.

Meine Behauptung bekommt einen besonderen Halt dadurch, daß uns überliefert ist, schon die zwölf Tafeln hätten für das gewöhnliche Depositum eine Klage auf das Doppelte eingeführt. Diese Nachricht findet sich in einer aus Jul. Paullus (lib. II sententiarum receptar.) entnommenen Stelle der Moss. et Romm. LL. collatio[2]):

Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, Edicto Praetoris in simplum.

Man hat es nicht fassen können, daß der Prätor neben einer

---

[1]) Bekker in der (Heidelberger) Kritischen Zeitschrift Bd. 1 S. 444. Wenn Bekker a. a. O., eben so wie in seiner in der vorigen Note citirten Habilitationsschrift („De emptione uenditione" *etc.*) sagt, „daß die Klagen, die zur Zeit des Formularprozesses als bonae fidei iudicia erscheinen, nie in die Legisactionsformen eingekleidet worden" — eine Behauptung, welcher Dernburg ([Heidelberger] Kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 471, Bd. 2 S. 99; Die Compensation nach R. R. Heidelberg 1854 S. 62) seinen Beifall schenkt — so kann ich ihm nicht ganz beistimmen. Die Consensualcontracte, welche sammt und sonders bonae fidei contractus sind, und darunter der Kauf, waren allerdings von Anfang an nicht klagbar, dagegen waren andere, namentlich auch die Realcontracte, welche später als bonae fidei iudicia erscheinen, gewiß von den ältesten Zeiten an durch Klagen geschützt. Ueber eine civile actio depositi des Zwölftafelgesetzes z. B. ist oben im Text die Rede und es ist auch nicht zu bezweifeln, daß selbst einige Consensualcontracte, z. B. das pactum fiduciae (vgl. CICERO de offic. III. 17, 69 u. 70) und die societas in allmähliger Entwicklung noch zur Zeit der Legisactionen Klagbarkeit erhielten. Vgl. Keller, der Röm. Civilprozeß 2c. 2. Ausgabe. Leipzig 1855 § 7 S. 28 ff. und § 17 S. 67 Note 234. Der Satz, daß alle „arbitria" in dem Legisactionsprozeß keinen Platz gefunden hätten, wäre gewiß eben so unrichtig wie der entgegengesetzte, „daß alle jene arbitria schon unter den Legisactionen geübt worden seien."

[2]) X. 7, 11.

noch bestehenden civilen Klage eine prätorische für dasselbe Verhältniß sollte eingeführt haben. Deshalb wurde angenommen, die Klage auf das duplum sei nur für das Depositum durch Mancipation sub pacto fiduciae bestimmt gewesen, das einfache Depositum sei in der ältesten Zeit noch gar nicht vorgekommen oder vielmehr nicht klagbar gewesen.[1]) Allein schon Rudorff[2]) hat darauf aufmerksam gemacht, daß jene Ansicht von einer Identificirung zweier Geschäfte ausgeht, welche ihrem juristischen Zweck und Gegenstand nach völlig verschieden sind[3]): des Depositum und der Freundesfiducia. Der eben citirte Autor hat vollkommen Recht, wenn er sagt[4]): „Das Richtige ist, die Depositalklage der zwölf Tafeln dem Gesetz cum nexum faciet und seiner Inficiationsstrafe nicht unterzuordnen, sondern zu coordiniren. Die Absicht des Gesetzes war, in gewissen besonders bedenklichen Fällen die Verletzung von Treu und Glauben härter zu ahnden. Als solche Fälle betrachtete man von jeher die Abläugnung anvertrauten Guts, die Unterschlagung von Mündelgut ꝛc." Das Verhältniß der prätorischen actio depositi zu der alten Civilklage mag hier füglich unerörtert bleiben. Wohl aber kann als bewiesen gelten, wie das depositum, seinem natürlichen Begriff nach nur eine Art des Mandats, schon in den ältesten Zeiten als ein klagbarer Vertrag galt, während das Mandatum als bloßer Consensualcontract gewiß erst später die Kraft einer ciuilis obligatio erhielt.

20.

§ 21.

Es ist nun sehr begreiflich, daß schon in den ältesten Zeiten, wenn die Deposition einer Sache mit einem Auftrag verknüpft war, die actio depositi in ihrer beschränkten Gestalt nicht auf Ausrichtung des Auftrags mitgerichtet werden konnte, daß dagegen

---

[1]) Puchta, Institutionen Bd. 3 (3. Aufl.) § 272 S. 94. K. Sell in den Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des R. R. von K. Sell und W. Sell. 2. Bd. S. 32 ff.

[2]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 461.

[3]) Gaius II. 60 verglichen mit IIII. 47. Huschke in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 229 ff.

[4]) A. a. O. S. 462.

21\. die actio mandati von Anfang an auch dann Platz griff, wenn mit dem Mandatum ein Depositum verbunden war. So erklärt sich der Satz: plenius est mandatum habens et custodiae legem, während — obgleich mit dem depositum auch Nebenbestimmungen verträglich waren — doch nie der umgekehrte Satz: plenius est depositum habens et mandati legem anerkannt wurde. Ob aber ein Mandat vorliege habens custodiae legem, oder ob ein Depositum vorhanden, verknüpft mit einem über die Grenzen der custodia hinausgehenden Auftrag, das war danach zu beurtheilen, ob die Intention der Parteien vorzugsweise auf das Mandatum oder auf das Depositum gerichtet war. Als Regel wird angegeben, daß der Contract, welcher als der früher abgeschlossene erscheine, für den von den Parteien beabsichtigten gelte;

Fr. 1 § 13 depositi (16. 3):

Ulpianus (libro XXX° ad Edictum)

Idem Pomponius quaerit, si tibi mandauero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias idque feceris, mandati an depositi tenearis? Et magis probat, mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.

§ 22.

Von dem Satz, daß in dem Depositum kein Auftrag mitenthalten sein könne, wurde anscheinend von alter Zeit an eine Ausnahme gemacht: nämlich rücksichtlich des Depositum beim Sequester. Wir werden unten sehen, daß diese Deposition ein in uralter Volkssitte festwurzelndes Institut war; immer aber wurde dabei mit dem Depositum der Auftrag an den Sequester verbunden, zu entscheiden, ob die Bedingung, unter welcher dem Einen oder dem Anderen die Sache zu restituiren, eingetreten sei. So kam dem Sequester nach dem Willen der Deponenten überall eine gewisse schiedsrichterliche und entscheidende Gewalt zu, die oft noch dadurch erhöht wurde, daß er geradezu den Auftrag erhielt, zu bestimmen, ob die deponirte Sache dem Einen oder dem Anderen der Deponenten gehöre, und nach Maasgabe seiner Entscheidung dieselbe diesem oder jenem zu restituiren (§§ 31 ff.). Der Sequester war somit nicht nur re zur Rückgabe der deponirten Sache

verpflichtet, sondern zufolge der eigenthümlichen Gestalt des Ver- 22. hältnisses auch dazu, Entscheidung darüber abzugeben, welchem von beiden Deponenten die Sache restituirt werden müsse.[1]) Wollten wir diese zu dem Depositum hinzutretende Verpflichtung uns abgesondert denken und mit einem neueren Namen belegen, so müßten wir sie receptum arbitrii nennen und wir könnten sagen, schon seit uralter Zeit habe dem Depositum ein nudum pactum, das receptum arbitrii, mit voller Wirkung beigefügt werden können. Falsch aber würde es sein, zu behaupten, das bloße formlose receptum sei schon damals klagbar gewesen.[2]) Daß es dem Depositum beigefügt, durch Klage auf indirectem Weg erzwungen werden konnte, hatte seinen Grund in der besonderen Natur des contractus depositi und ging so zu. Die Entscheidung des Sequester brauchte nicht ausdrücklich durch Worte zu geschehen, oft lag sie einfach darin, daß derselbe die Sache Einem der Deponenten zurückgab. Von diesen aber konnte Jeder auf die Restitution mit der actio depositi dringen. Es lag dann in der Macht des Sequester, die Klage des Einen zurückzuweisen; dadurch gab er seine Entscheidung zu Gunsten des Anderen ab und dieser hatte nun eine wirksame actio depositi. Wenn die Restitution der Sache an den Einen oder Anderen der Deponenten von einem äußeren zufälligen Ereigniß abhing, dann war es allerdings gefährlich, vor Eintritt oder Nichteintritt der fraglichen Bedingung zu klagen. Denn wenn der Sequester sich auf die zu früh angestellte Klage einließ, so erfolgte Abweisung des Klägers, und wenn später die Bedingung zu seinen Gunsten sich entschied, war sein Klagrecht consumirt. Sobald es aber feststand, daß die Bedingung nunmehr eingetreten oder nicht einge-

[1]) Vgl. vorläufig DIOCL. und MAXIM. in C. 6 depositi (4. 34). Vgl. u. § 79.

[2]) Wie das receptum arbitrii einen Auftrag und die Uebernahme desselben voraussetzt, also gewissermaßen unter den natürlichen Begriff des Mandatum fällt, ist einleuchtend. Unter den römischen contractus mandati aber konnte es nicht subsumirt werden, weil das dem Schiedsrichter übertragene Geschäft kein Rechtsgeschäft der Auftraggeber war, d. h. kein Rechtsgeschäft, das sie möglicherweise selbst hätten besorgen können, sondern ein Geschäft, das eine besonders übertragene Befugniß, die keiner der Parteien selbst zustand, voraussetzte.

22. treten sein müsse, oder wenn die Bedingung in der rechtlichen Entscheidung des Sequester selbst bestand, konnte er zur Abgabe der Letzteren auf dem schon angegebenen Weg gezwungen werden.

§ 23.

So war es in Folge der besonderen Gestaltung des factischen Verhältnisses mit einer einfachen actio depositi zu erreichen, daß der Sequester auch die Verpflichtung, welche jener über die bloße custodia hinausgehende Auftrag ihm auferlegte, erfüllen mußte. Deshalb ist das, was äußerlich betrachtet und dem Erfolg nach als Abweichung von unserer obigen Regel, wonach in dem Depositum außer dem Auftrag zur custodia kein weiterer Auftrag enthalten sein kann, erscheint, juristisch betrachtet, keine eigentliche Ausnahme, da auch hier nur die einfache actio depositi, welche auf Rückgabe der zur custodia überlieferten Sache geht, angestellt wird. Wir sind nun aber auch im Stande, die oben angefochtene Behauptung Puchta's zu rectificiren, indem wir anerkennen, daß, sobald der Depositar außer der Verpflichtung zur custodia noch weitere Obliegenheiten übernimmt, die nicht mit der actio depositi direct oder indirect erzwungen werden können, der Vertrag als Innominatcontract oder aber betreffenden Falls als Mandat aufzufassen ist.

Daß übrigens gegen den Sequester die einfache actio depositi gebraucht wird, bezeugt eine Stelle aus dem 30. Buch von Ulpian's Edictscommentar:

Fr. 5 § 1 depositi (16. 3):

In sequestrem depositi actio competit;

und wenn Pomponius im 22. Buch „Ad Sabinum" sagt:

Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione [1]),

so ist die Bezeichnung sequestraria depositi actio wohl mehr in Folge eines allgemeinen Sprachgebrauchs gewählt, als deshalb, weil dadurch eine juristische Verschiedenheit angedeutet werden sollte. In der That wird nicht einmal die Klagformel eine äußer-

[1]) Fr. 12 § 2 depositi (16. 3).

liche Abweichung von der gewöhnlichen Formel der actio depositi 23. zeigen. Man könnte daran denken, daß in der demonstratio die Namen der beiden Deponenten genannt würden, um zu bezeichnen, wie die Sache von Zweien deponirt sei, daß die intentio und condemnatio aber auf den Namen des Klägers übergeschrieben werde, so daß es die Aufgabe des iudex wäre, zu untersuchen, ob aus dem depositum der beiden in der demonstratio genannten Personen nunmehr der Einen von ihnen (der klagenden) das Rückforderungsrecht zustehe. Allein diese Formel wäre unmöglich. Aus dem Factum der Deposition durch A und B bei C entstehen zwei resolutiv bedingte Obligationen: zwischen A und C und B und C. Der Letztere ist erst verpflichtet, zu restituiren, wenn durch die Deficienz der Bedingung für die eine Obligatio, welche immer mit der Existenz der Bedingung für die andere zusammenfällt, jene erstere zu einer solchen geworden ist, welche nun als vom Moment der Eingehung unbedingt bestehend angenommen wird, während die Letztere resolvirt ist und so behandelt werden muß, als habe sie nie bestanden.[1]) Die Klage kann also erst angestellt werden, wenn die Obligatio zwischen A und C eine unbedingte geworden ist und die Obligatio zwischen B und C als nicht eingegangen angesehen wird, oder wenn die Obligatio zwischen B und C unbedingt geworden und diejenige zwischen A und C resolvirt ist. Die res de qua agitur wird nun aber immer nur die unbedingt gewordene Obligatio sein und deshalb darf die demonstratio, „ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur"[2]), bloß jene nunmehr unbedingt bestehende Obligatio nennen. Aus diesen Gründen ist die (in ius concipirte) Formel der sequestraria depositi actio die gewöhnliche Formel der actio depositi:

IVDEX ESTO. QVOD A^{S}A^S. APVT N^{M}N^M. MENSAM ARGENTEAM DEPOSVIT, Q. D. R. A., QVIDQVID OB EAM REM N^{M}N^M. A^{O}A^O.

---

[1]) Pendente conditione kann natürlich nicht geklagt werden, d. h. während jener Zeit kann sich der Beklagte weigern, den Prozeß anzunehmen. Vgl. Fr. 1 § 22 i. f. depositi (16. 3). S. o. § 22.

[2]) Gaius IIII. 40.

23. DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS IVDEX N^m N^m. A^o A^o. CONDEMNATO, NISI RESTITVAT. SI NON PARET, ABSOLVITO.[1])

§ 24.

Daraus geht schon hervor, daß der Contract zwischen den Deponenten und dem Sequester nicht anders, als ein gewöhnliches Depositum betrachtet wird.[2])

Mit der Sequestration kann nun aber auch noch ein weiterer Auftrag an den Sequester verknüpft sein, z. B. der, die hingegebene Sache in Geld umzusetzen und dann die gelöste Summe zu bewahren, bis sie dem Einen oder dem Anderen der Deponenten restituirt werden könne.[3]) Es wird hier durch eine Handlung ein sich successiv entwickelndes Rechtsgeschäft begründet. Dieß zeigt sich am besten, wenn wir zunächst das Verhältniß, ohne Rücksicht auf die Sequestration zu nehmen, betrachten. A giebt dem B eine Sache mit dem Auftrag, dieselbe zu verkaufen und den gelösten Preis zu bewahren. Da liegt zunächst ein Mandat vor (habens et custodiae legem): die Absicht der Contrahenten ist zwar nicht auf Deposition dieser Sache bei dem Mandatar gerichtet, sondern darauf, daß sie so schnell wie möglich in Geld

---

[1]) GAIUS IIII. 47.

[2]) Daß die cum amico contrahirte fiducia zum Behuf der Sequestration angewendet worden sei, wie Huschke in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 255 Note 111 behauptet, ist mir nicht wahrscheinlich. Es war kein Bedürfniß vorhanden, das Eigenthum an der zu sequestrirenden Sache auf den Sequester zu übertragen und deshalb bei der Sequestration die Freundesfiducia zu benutzen. Ueberdem konnte die fiducia nur durch Mancipation oder in iure cessio eingegangen werden. Mancipiren und in iure cediren aber kann nur der Eigenthümer. Wenn nun A und B die streitige Sache X zum Behuf der Sequestration bei C deponiren wollten, so hätte sowohl A als B die Sache dem C sub pacto fiduciae mancipiren oder in iure cediren müssen. Da aber behauptet war, es sei entweder A oder B Eigenthümer der Sache, so stand von vorne herein fest, daß die Mancipatio resp. in iure cessio des Einen oder Anderen nichtig sei und ich glaube nicht, daß man zwei formelle Rechtshandlungen vornahm, die sich geradezu widersprachen und von denen man wußte, daß eine davon nichtig sein müsse.

[3]) Vgl. den Fall in Fr. 9 § 3 de dolo (4. 3) und dazu unten § 51.

umgesetzt werden soll, aber der Mandatar muß sie doch bewahren **24.** bis zu der Zeit, wo er sie dem Käufer tradiren kann. Sobald der Verkauf erfolgt ist und der Mandatar den Kaufpreis erhalten hat, ist das Eine der aufgetragenen Geschäfte beendigt und es könnte — wenn keine andere Bestimmung getroffen wäre — mit der actio mandati directa darauf geklagt werden, daß der Mandatar dem Mandanten die fragliche Summe herausgebe. Aber es ist zugleich mit dem ersten Mandat eine zweite Obligatio entstanden, bei der es fraglich ist, ob sie Mandatum oder Depositum sei. Darüber, daß es als Mandat, nicht als Depositum aufzufassen, wenn man Jemandem sagt: „bewahre die Summe, welche Du von einem Dritten für mich erhalten wirst", haben wir die ausdrückliche, von Ulpian gebilligte Entscheidung des Pomponius in Fr. 1 § 13 depositi (16. 3).[1]) Da nun in unserem Fall B den Auftrag erhielt, den Kaufpreis, welchen er Namens des A vom Käufer empfangen würde, aufzubewahren, so werden wir auf Grund der Entscheidung jenes analogen Falls annehmen müssen, daß gegen ihn nicht die actio depositi, sondern die actio mandati anzustellen sei: wurde doch das Verhältniß schon durch den gegenseitigen consensus der Contrahenten perfect, nicht erst durch Deposition des Gelds, so daß als contractus primus das Mandatum erscheint, unter dessen Herrschaft dann das ganze Rechtsgeschäft gestellt ist.

Wenn nun aber die Auftraggeber und Deponenten streitende Theile sind — sie sollen mit A und a bezeichnet werden —, welche die Sache X dem B mit dem Auftrag einhändigen, er möge dieselbe verkaufen und den Kaufpreis demjenigen, der zur Zeit des gegebenen Auftrags Eigenthümer war, herausgeben, so ist wieder zuerst das Mandat ertheilt, die Sache zu verkaufen. Diese Obligation, in welcher B als Debitor, A und a als Creditoren stehen, wird, sobald die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet ist, als active Correalobligation erscheinen.[2]) Ohne eine solche Bestimmung sind zwei contractus mandati vorhanden,

[1]) Abgedruckt in § 21 S. 44.

[2]) Vgl. v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 155.

24. einer zwischen A und B, der andere zwischen a und B. In Beiden ist der Auftrag auf ein und dieselbe Handlung gerichtet und durch die einmalige Vornahme der Handlung gehen beide Obligationen unter. Aber es ist deshalb bei der Klage des A gegen B nicht eadem res, wie bei der Klage des a gegen B. Das Interesse, welches A daran hat, daß B die fragliche Handlung vornehme, ist ein ganz anderes als dasjenige des a an jener Handlung. Das

QVIDQVID $N^M N^M$. $A^O A^O$. DARE FACERE OPORTET

wird sich daher in beiden Klagen ganz verschieden herausstellen und es kann somit von eigentlicher Correalität durchaus nicht die Rede sein. Jedenfalls aber entstehen nicht mehrere bedingte Obligationen, sondern eine oder mehrere unbedingte, welche untergehen, sobald der Verkauf der Sache von B in der vorgeschriebenen Weise geschehen ist.[1] Mit der actio mandati also konnte bis dahin B gezwungen werden, die Sache zu verkaufen und in Geld darzustellen. Sobald jedoch B den Verkauf besorgt und den Preis empfangen hat, ist jenes erste Mandat erfüllt. Zu gleicher Zeit beginnt die zweite schon eingegangene Obligatio zu wirken, indem B sich verpflichtet hat, den Kaufpreis in seinem Gewahrsam zu behalten und je nach dem Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung dem A oder dem a zu restituiren. Hier ist es nun kein Zweifel, daß der Absicht der Parteien gemäß zwei Obligationen vorliegen, und zwar zwei resolutiv bedingte Obligationen, welche in dem Verhältniß stehen, daß wenn die Bedingung der einen existirt, die der anderen deficirt und umgekehrt. Die beiden Obligationen sind als Mandate aufzufassen, denn auch sie wurden nicht erst durch die Deposition des Kaufpreises perfect, sondern sind als durch den bloßen consensus der Parteien abgeschlossen anzusehen. Nichtsdestoweniger liegt der Fall einer Sequestration vor und wir entnehmen, daß die Hand- und Lehrbücher nicht

---

[1]) Die actio mandati contraria kann in solchem Fall gegen jeden der Mandanten in solidum angestellt werden. Allein die Mandanten haften hier nicht nach Art eigentlicher correi, sondern jeder Einzelne aus seiner besonderen Obligation. Vgl. Fr. 52 § 3 de fideiussorib. (46. 1) und dazu Ribbentrop, Zur Lehre von den Correalobll. Göttingen 1831 S. 90 Not. 1.

Unrecht haben, wenn sie behaupten, daß der Contract mit dem 24. Sequester zwar regelmäßig depositum sei, daß er aber auch Mandat oder locatio-conductio sein könne.[1] Doch versteht es sich, daß auch in solchen Fällen überall der Sequester eine oder mehrere Sachen zur Aufbewahrung und Zurückgabe erhalten haben muß. Es kann daher ebensogut wie die actio depositi im Fall der Sequestration actio depositi sequestraria heißt, eine actio mandati sequestraria und eine actio locati sequestraria vorkommen. Dieß ist aber jedenfalls erst das Product späterer Entwicklung, denn so lange die Consensualcontracte noch nicht klagbar waren, konnte gewiß die Sequestration nur in Form des Depositum geschehen, d. h. es konnten die Contracte nicht durch bloßen consensus der Parteien abgeschlossen werden, sondern es war zur Perfection derselben Hingabe der Sache an den Sequester nötig.

§ 25.

Als Resultat der bisherigen Untersuchung läßt sich Folgendes angeben.

Das Depositum ist seit uralter Zeit klagbar. Dem Depositum aber konnte von jeher eine Nebenverabredung, wonach der Depositar sich über die custodia hinaus zur Abgabe einer Entscheidung verpflichtete (das receptum arbitrii von Seiten des Depositars), beigefügt und auf indirectem Weg erzwungen werden. Als später die Consensualcontracte klagbar wurden, konnte auch zu dem (mit Deposition verbundenen) Mandat oder zu der Miethe auf ähnliche Weise ein solches receptum hinzutreten, welches ebenfalls auf indirectem Weg erzwingbar war, so daß dann im klassischen Recht die Sequestration in Form verschiedener Contracte erscheinen kann. Ueberall aber gilt den Römischen Juristen das ursprüngliche Verhältniß, die Sequestration durch Deposition — welche übrigens

[1] v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts I § 65 Not. y. Mühlenbruch, Pandekten § 387. Puchta, Pandekten § 322. Arndts, Pandekten § 287. Glück, Pandekten-Commentar, Bd. 15 S. 235 ff. und die dort Citirten. Ein Beispiel von Sequestration, wo der Contract zwischen den Parteien und dem Sequester locatio-conductio wäre, finde ich in den Quellen nicht. Doch ist die Möglichkeit eben so wenig zu bezweifeln, wie beim Mandatum.

auch die im Leben am häufigsten vorkommende sein mochte — als Prototyp und Urbild des ganzen Instituts.

§ 26.

Ist der einer Sequestration zu Grund liegende Contract Depositum, so wird das Verhältniß als Realcontract perfect durch Hingabe der Sache an den Sequester; ist er ein Consensualcontract, so tritt die Perfection schon mit dem gegenseitigen Consensus ein. Das Eigenthum an der Sache aber geht überall nicht auf den Sequester über. Dieß ergiebt sich schon aus den obigen Ausführungen, wird aber auch von den Pandektenjuristen besonders ausgesprochen.[1] Wie es mit dem Besitz des Sequester steht, darüber kann erst unten gehandelt werden.[2]

Nach der Natur des zwischen den sequestrirenden Personen und dem Sequester bestehenden Contracts sind auch die Verbindlichkeiten des Sequester verschieden. Ueberall ist er verpflichtet, die Sache in seinem Gewahrsam zu lassen und zurückzugeben. Je nachdem aber Depositum oder Mandat vorliegt, wird er bloß dolus und culpa lata oder omnem culpam zu prästiren haben. Dieß bezieht sich jedoch nicht auf die Verbindlichkeiten, welche dadurch entstehen, daß er sich in seiner Stellung als Schiedsrichter Fehler zu Schulden kommen läßt, wodurch eine Partei mehr oder minder geschädigt wird. In dieser Beziehung sind wohl die Sätze, welche über derartige Fehler des iudex gelten, anzuwenden, da ja überhaupt, so weit es angeht, die für diesen aufgestellten Regeln auch auf den compromissarischen arbiter übertragen werden.[3] Somit galt auch vom Sequester das litem suam facere und es konnte — wenigstens nach der späteren Auffassung — der in seiner Entscheidung oder sonst wie durch Nichtbeobachtung der Gesetze 2c. fehlende Sequester einer dadurch geschädigten Partei ex bono et aequo zur Schadloshaltung verurteilt werden, wobei es nicht

[1] Florentinus Fr. 17 § 1 depositi (16. 3).

[2] 1. Buch 3. Kapitel §§ 85 ff.

[3] Ulpian. Fr. 1. Fr. 3 § 1. Callistratus Fr. 41 (44) de receptis (4. 8). Vgl. auch unten § 37 S. 79.

darauf ankam, ob er dolos oder culpos gehandelt hatte, indem 26. er quasi ex delicto haftend angesehen wurde.[1])

Im Einzelnen konnte durch besondere Verabredung zwischen den Parteien und dem Sequester noch Manches bestimmt sein, namentlich auch die Haftung für culpa leuis, wo diese nicht schon von selbst zu prästiren war, oder sogar für omne periculum rc.[2])

Die Erfüllung dieser sämmtlichen Verbindlichkeiten, mit Ausnahme der Verbindlichkeit rücksichtlich der Schädigung einer Partei durch ungerechte Entscheidung rc. des Sequester — kann mit der sequestraria depositi (mandati *etc.*) actio erzwungen werden.

Die Verpflichtungen der sequestrirenden Personen sind ebenfalls verschieden, je nachdem das Verhältniß als Depositum, Mandat rc. erscheint. Liegt einfaches Depositum oder Mandat vor, so steht dem Sequester die actio sequestraria depositi *resp.* mandati contraria zu; ist es Miethe, die in Betracht kommt, so greifen die Klagen aus diesem Contract Platz.[3])

§ 27.

Ich kann nunmehr darauf übergehen, einige Stellen genauer zu betrachten, welche von der actio sequestraria depositi handeln, aber auch lehrreich sind für das Verhältniß der Sequestranten zu dem Sequester überhaupt.

Fr. 12 § 2 depositi (16. 3):

ULPIANUS (libro XXX° ad Edictum)

Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione, quam et in heredem eius reddi oportet.[4])

Bei dieser Stelle ist auffallend, daß ausdrücklich erwähnt wird,

---

[1]) Pr. I. de obligationib. quasi ex delict. (4. 5). Vgl. THEOPHILUS ad h. pr. und dazu Keller, Röm. Civilproz. § 86 S. 386.

[2]) Fr. 1 §§ 6. 35 depositi (16. 3).

[3]) Vgl. Glück, Pandekten-Commentar Bd. 15 S. 238. Eine actio praescriptis uerbis sequestraria, welche Glück annimmt, gab es nicht. Vielmehr wird die actio praescriptis uerbis in dem von Glück citirten Fr. 9 § 3 de dolo der actio (mandati) sequestraria gegenüber gestellt. Vgl. § 51.

[4]) Die Basiliken XIII. 2, 12 (HEIMB. t. 2 p. 46) haben: *Καὶ ὁ κληρονόμος τοῦ μεσεγγυητοῦ ἐνάγεται.*

27. die depositi sequestraria actio werde auch gegen die Erben des Sequester gegeben. Da es unzweifelhaft ist, daß die depositi actio directa gegen die Erben angestellt werden kann, warum wird mit Nachdruck gesagt, auch die depositi actio bei der Sequestration gehe gegen die Erben? Und in der That diese Bemerkung ist nicht so unnütz und faul, wie es den Anschein hat. Der Sequester übernimmt, wie wir oben sahen, immer die Verbindlichkeit, eine gewisse Entscheidung abzugeben; erst nach oder mit dieser ist er gehalten, die fragliche Sache zu restituiren. Nun stirbt der Sequester entweder vor jener Entscheidung, oder nachher. Ist das Letztere der Fall, so ist die Obligatio zwischen dem Obsiegenden und dem Sequester zur unbedingten geworden und es ist kein Zweifel, daß, wenn die Restitution der Sache noch nicht geschehen, die actio depositi gegen seinen Erben angestellt werden kann. Dieß ist an und für sich klar und es bedurfte deshalb keiner besonderen Bemerkung Ulpian's. Anders freilich in dem ersten der erwähnten Fälle, wo der Sequester starb, ohne daß die Entscheidung erfolgt war. Sicher gehen da die beiden resolutiv bedingten Obligationen passiv auf die Erben des Sequester über; die den Obligationen beigefügte Bedingung kann dann existent werden resp. deficiren und danach die eine Obligatio resolvirt, die andere unbedingt werden. Doch erleidet dieß eine Ausnahme, wo die Bedingung in den Ausspruch des Sequester über das Recht oder Unrecht der deponirenden Personen gelegt war, denn hier kann von einem Eintritt oder einer Deficienz der Bedingung erst dann die Rede sein, wenn der Sequester seine Entscheidung abgiebt. In allen Fällen aber ist neben den beiden bedingten contractus depositi die Verbindlichkeit des Sequester vorhanden, darüber zu entscheiden, wo die Bedingung existirt, wo deficirt habe, bezüglich durch seinen Ausspruch den Eintritt und die Deficienz der Bedingungen herbeizuführen. Diese Verpflichtung erscheint, wie schon erwähnt, als ein — freilich nicht immer ausdrücklich abgeschlossenes, aber in den Verhältnissen selbst liegendes — receptum arbitrii. Nun gilt die Regel: das receptum arbitrii und das compromissum erlischt — ebenso wie das Mandat durch den Tod des Mandatars — durch den Tod des ar-

biter.[1]) Da hätte man denn auch auf den Gedanken verfallen 27. können, daß durch den Tod des Sequester die Verbindlichkeit, die Entscheidung zu geben, untergegangen sei. Dieß würde dazu geführt haben, daß auch nach eingetretener, bezüglich deficirter Bedingung der Erbe des Sequester der Klage aus dem unbedingt gewordenen Contract den Einwand hätte entgegenstellen können: er dürfe bloß dem obsiegenden Theil die Sache herausgeben, doch sei er nicht verbunden und befugt, zu entscheiden und anzuerkennen, welcher von beiden Theilen der obsiegende sei; oder aber, daß überhaupt der Erbe durch seine Weigerung, den Schiedsspruch zu fällen, den Zustand der Bedingtheit für beide Obligationen perpetuirt hätte. Hier wie dort würde den Deponenten die Verfolgung ihres Rechts erschwert oder ganz und gar vereitelt worden sein. — Derartigen Argumentationen will Pomponius durch die Bemerkung begegnen, daß die sequestraria actio auch gegen den Erben des Sequester zugelassen wird. Und es ist ja auch hier das receptum nicht als außerhalb der Hauptcontracte stehend zu betrachten, sondern als durch die eigenthümliche Stellung derselben zu einander und das factische Verhältniß gegeben in dem Hauptcontract selbst liegend, so daß es, wie wir oben sahen, nicht durch eine besondere Klage, sondern nur durch die Klage eben aus dem Hauptcontract geltend gemacht werden kann. Wenn man daher den passiven Uebergang der resolutiv-bedingten Contracte auf den Erben des Sequester zu läugnen nicht im Stande ist, muß man auch den Mitübergang des in denselben enthaltenen receptum zugeben. Freilich können Fälle kommen, wo es als unbillig oder unmöglich erscheint, den Erben zur Fällung des Schiedsspruchs anzuhalten. Da kann aber durch ein anderes Mittel, welches wir gleich kennen lernen werden, geholfen werden.

§ 28.

Es ist in dieser Beziehung merkwürdig eine Stelle aus dem 30. Buch des Ulpian'schen Commentars zum Edict.

---

[1]) Paullus Fr. 32 § 3 Pomponius Fr. 40 Ulpian. 45 de receptis (4. 8). Puchta, Pandekten § 296. Arndts, Pandekten § 270 Not. 4 sub e.

28. Fr. 5 § 2 depositi (16. 3):
Si uelit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? Et ait POMPONIUS, adire eum Praetorem oportere, et ex eius auctoritate denunciatione facta his, qui eum elegerant, ei rem restituendam, qui praesens fuerit. Sed hoc non semper uerum puto: nam plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi iustissima causa interueniente; et cum permittitur, raro ei res restituenda est, qui uenit, sed oportet eam arbitratu iudicis apud aedem aliquam deponi.[1])

Der Depositar ist an sich nicht verpflichtet, die ihm anvertraute Sache längere Zeit zu bewahren. Er kann dieselbe, wenn nichts Besonderes ausgemacht ist, sobald er will, zurückgeben — natürlich nur nicht importuno tempore et loco — und damit seine Verbindlichkeit lösen. Anders wenn er sich verpflichtet hat, bis zu einem gewissen Zeitpunkt die Sache zu behalten. Dieser dies dient dem Creditor und der Depositar kann erst nach Ablauf der Zeit sich von dem Depositum befreien. Im Fall der Sequestration nun ist es einleuchtend, daß der Sequester die Verpflichtung übernommen hat, die fragliche Sache bis nach dem Eintritt resp. Nichteintritt der Bedingung zu bewahren. Es geht bezüglich des ganzen Verhältnisses die Bestimmung, welche bei jedem einzelnen der beiden vorliegenden Contracte als wirkliche Bedingung erscheint, in einen dies certus an incertus quando oder vielleicht auch in einen dies certus an certus quando über, da die Bedingungen der beiden Contracte so gestellt sind, daß, wenn diejenige des einen existirt, gleichzeitig die des anderen notwendig deficirt und umgekehrt. Daß vor dem Eintritt dieses dies der Sequester die Sache nicht restituiren darf, liegt in der Natur der Sache. Eher ist es auffallend, daß Pomponius der Ansicht

---

[1]) Die nicht wegen des Inhalts obiger Stelle, sondern wegen einzelner Ausdrücke in derselben erhobene Behauptung des ANTON. FABER, Rationalia in Pand. ad h. L., wonach der ganze § 2 des Fr. 5 depositi ein Einschiebsel der Compilatoren sein soll, ist schon von ULRIC. HUBER, Eunomia Romana. Franeq. 1700 p. 591 vollständig widerlegt.

sein konnte: si uelit sequester officium deponere — — adire 28. eum Praetorem oportere et ex eius auctoritate denunciatione facta his, qui eum elegerant. ei rem restituendam, qui praesens fuerit *etc.* Gewiß galt zur Zeit des Pomponius nicht ein Gleiches von dem einfachen Depositum mit einer Zeitbestimmung. Das Depositum ist ein Institut, welches zum Nutzen des Deponenten eingeführt ist: es hieße aber wenig auf den Vortheil desselben sehen, wenn festgesetzt wäre, daß der Depositar von der eingegangenen Verpflichtung, die Sache bis zu einer gewissen Zeit zu bewahren, sich wider den Willen des Mitcontrahenten lösen könne. Die Ansicht des Pomponius über die Aufkündigung von Seiten des Sequester muß also doch wohl einen besonderen Grund gehabt haben. Dieser zeigt sich, wenn wir uns erinnern, worin das officium des Sequester besteht. Nach den obigen Ausführungen hat derselbe zweierlei zu thun: 1. die Sache zu bewahren; 2. eine Entscheidung abzugeben. Die letztere Verbindlichkeit haben wir schon mehrfach als eine Art von receptum arbitrii bezeichnet. Nun ist von jeher der Satz anerkannt worden, daß der arbiter von der einmal übernommenen Verpflichtung, seinen Ausspruch zu thun, unter gewissen Bedingungen befreit werden könne. Man scheint es damit in älteren Zeiten leichter genommen zu haben, wie später. Ulpian berichtet über eine Ansicht des Julian,[1]) wonach der Prätor den von den Parteien injuriirten Arbiter non omnimodo von seiner Verbindlichkeit lossprechen solle, sondern erst causa cognita. Das non omnimodo zeigt an, daß es eine andere Ansicht gab, wonach der Prätor in solchem Falle omnimodo und ohne vorgängige causae cognitio, also auf das bloß einseitige Vorbringen und die Bitte des Arbiter, denselben befreien konnte. Pomponius, ein etwas jüngerer Zeitgenosse von Julian, scheint der letzteren Ansicht gewesen zu sein und dieselbe auf die Sequestration in folgender Weise übertragen zu haben: Der Se-

[1]) Fr. 9 § 4 de receptis (4. 8): IULIANUS ait, si eum (d. i. den arbiter) infamauerunt litigatores, non omnimodo Praetorem debere eum excusare, sed causa cognita.

28. quester konnte sich von dem Prätor auf einseitiges Vorbringen von der Verpflichtung, eine Entscheidung zu geben, lossprechen lassen, er mußte aber hierauf, sich auf die Befreiung durch den Prätor stützend, das Depositum den Parteien aufkündigen (ex Praetoris auctoritate denunciatione facta) und dieselben auffordern, ihre Sache zurückzunehmen. Wenn nun zu der von dem Sequester zur Zurückgabe bestimmten Zeit nur der Eine der Deponenten erschien, nicht auch der Andere, so war der Sequester befugt, die Sache dem Anwesenden zu restituiren, wodurch auch seine Verbindlichkeit aus dem Depositum gelöst wurde.

Diese Ansicht würde schon Julian nicht gebilligt haben: gewiß hätte er mindestens cognitio des Prätor über die von dem Sequester als Grund seines Rücktritts vorgebrachte causa gefordert. Ulpian aber theilt die Ansicht des Julian — wie sich schon aus Fr. 9 § 4 de receptis (4. 8) ergiebt —, und deshalb sagt er, die Behauptung des Pomponius richtig in ihre zwei Theile zerlegend: 1. Was die durch den Prätor zu erlangende Befreiung des Sequester von der Verpflichtung, die Entscheidung abzugeben, betrifft, so kann nur in Ausnahmsfällen der Meinung des Pomponius gefolgt werden. Regelmäßig darf vielmehr der Prätor diese Befreiung nicht ertheilen, außer wenn ein rechtlicher Grund derselben eingetreten ist. Dieß setzt natürlich voraus, daß der Prätor sich von der Existenz des durch den Sequester angeführten Grunds mittelst causae cognitio überzeugt hat. Als „iustissima causa“ aber gilt jedenfalls nur eine solche, welche überhaupt zur Excusation eines Arbiter dienen kann.[1]) Fragen wir noch, welche Ausnahmsfälle sind es, in denen nach Ulpian's Ansicht die Meinung des Pomponius Geltung haben soll, so daß auch ohne causae cognitio durch den Prätor Befreiung von der übernommenen Verpflichtung, die Entscheidung zu geben, eintreten kann, so liegt es nahe, an den Fall zu denken, wo der Sequester, ohne den Spruch gethan zu haben, stirbt und Erben hinterläßt, die entweder noch unfähig oder doch nicht ge-

---

[1]) Vgl. Fr. 9 §§ 4. 5 Fr. 10. Fr. 11 pr. Fr. 15 Fr. 16 Fr. 17 pr. Fr. 32 §§ 4. 5 de receptis (4. 8).

neigt sind, das von ihrem Erblasser übernommene officium aus- 28. zuführen. Dadurch wird das Bedenken beseitigt, welches uns oben bei Erklärung des Fr. 12 § 2 depositi (16. 3) aufgestiegen ist und wir sehen, daß die Römer einen Weg gefunden haben, dem natürlichen Satz, daß die Uebernahme der Verpflichtung, einen Schiedsspruch zu geben, nur eine höchst persönliche Verpflichtung erzeugt, Rechnung zu tragen, ohne das Institut der Sequestration in seinen Grundvesten zu erschüttern und zu einem gefährlichen, unhaltbaren zu machen.

Aber, fährt Ulpian fort, was 2. den anderen Theil der Ansicht des Pomponius betrifft, daß nämlich der Sequester die bei ihm deponirte Sache auch nur Einem der Deponenten — wenn der Andere nicht erscheint — restituiren könne, so ist dieß ebenfalls unrichtig: denn nur selten darf der durch den Prätor von seiner Verbindlichkeit Befreite dem Einen der Deponenten, welcher erschienen ist, restituiren (wahrscheinlich nur wenn der Erscheinende auch von dem Nichterschienenen beauftragt war, die Sache sich ausliefern zu lassen, oder wenn die Parteien sich verglichen hatten ꝛc.); vielmehr ist, wenn nicht beide Deponenten kamen, um die anvertraute Sache zurückzuempfangen, dieselbe arbitratu iudicis, d. h. hier nach Gutdünken des Prätors[1]) in einer aedes zu deponiren. Diese Deposition geschah so, daß der aedituus die Sache nur beiden Deponenten zusammen herausgeben durfte, keineswegs trat derselbe ohne Weiteres an die Stelle des Sequester bezüglich der Verbindlichkeit zur Entscheidung. Doch ist auch das Recht oder sogar die Verpflichtung der Deponenten, die Sache, wenn sie dieselbe, sei es von dem bisherigen Sequester direct, sei es von dem aedituus, zurückerhalten haben, von Neuem einem Sequester zu übergeben, nicht abzuläugnen. Ueber die depositio in aede überhaupt zu sprechen, würde an dieser Stelle meine Darstellung unterbrechen, deshalb habe ich es vorgezogen, unten in der Beilage I eine eigene Ausführung darüber zu geben.

---

[1]) Vgl. Ulric. Huber a. a. O. p. 591 u. 592.

§ 29.

29. Regelmäßig aber wird die Lösung des Verhältnisses zwischen den Deponenten und dem Sequester nicht auf dem Weg der eben näher geschilderten Befreiung durch den Prätor erfolgen, sondern erst dann geschehen, wenn der Sequester seine Entscheidung gefaßt und kundgegeben, sowie die Sache Einer der Parteien zurückerstattet hat. Die Rückgabe muß nach den über die Restitution eines Depositum im Allgemeinen festgesetzten Regeln geschehen. Auch rücksichtlich des Orts derselben gelten die gewöhnlichen Normen.[1])

In dieser Beziehung steht nicht entgegen:

Fr. 5 § 1 depositi (16. 3):

Ulpianus (libro XXX° ad Edictum)

In sequestrem depositi actio competit. Si tamen cum sequestre conuenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est. Quodsi de pluribus locis conuenit, in arbitrio eius est, quo loci[2]) exhibeat; sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, ut apud Praetorem exhibeat.

Diese Stelle handelt nicht von der Restitution der streitigen Sache, sondern von einer Exhibition derselben. Der Sinn aber ist folgender. Gegen den Sequester findet die actio depositi statt, diese geht nur auf Restitution. Wie aber, wenn mit dem Sequester ausgemacht ist, er solle die streitige Sache exhibiren? Kann er dazu auch gezwungen werden?[3]) Ulpian antwortet, wie natürlich: Ja er kann zur Exhibition angehalten werden und zwar, wenn ein bestimmter Ort verabredet ist, muß er an diesem exhibiren; sind mehre Orte verabredet, so kann er darunter wählen, ist aber kein Ort bestimmt, so ist er gehalten, nach vorgängiger Anzeige bei dem Prätor zu exhibiren. Das Ganze bezieht sich auf eine sehr merkwürdige und, wie es scheint, häufig an-

---

[1]) Pomponius Fr. 12 § 1 depositi (16. 3).

[2]) Die Mss. Bamberg. D II 1 und D I 6 haben anstatt quo loci: quo loco.

[3]) Daß der Satz so aufzufassen ist, zeigt sich deutlich in dem „si tamen“, womit ein Gegensatz eingeleitet wird. Ich habe es deshalb auch für notwendig gehalten, die gewöhnliche Interpunction der Stelle zu ändern.

gewendete Art der Sequestration, von der wir unten sprechen werden.[1]) Jedenfalls aber wird die Exhibition nicht mit der actio depositi erzwungen, sondern mit der actio ad exhibendum, und zwar kann diese jeder der Deponenten auf das Interesse, welches er an der Exhibition hat, anstellen. Der Exhibition muß aber freilich die Restitution an den obsiegenden Theil nachfolgen, denn ohne diese würde die Verpflichtung des Sequester aus dem Depositum nicht gehörig gelöst. 29.

[1]) S. §§ 43 ff., namentlich § 46.

Zweites Kapitel.

Veranlassung zur Sequestration und das Verhältniß der Deponenten zu einander.

I. Uebersicht.

§ 30.

30. Die Sequestration ist ein Rechtsgeschäft zwischen den Sequestranten auf einer und dem Sequester auf der anderen Seite. Wenn dasselbe auch, wie wir gesehen, von Anfang an aus mehreren resolutiv-bedingten Obligationen zwischen den Deponenten und dem Sequester besteht, so befinden sich doch diese Obligationen in einem engen gegenseitigen Verhältniß, welches notwendig die Uebereinstimmung des Willens derjenigen Personen, welche Creditoren in denselben sind, voraussetzt. Daraus folgt, daß die Letzteren in einer besonderen rechtlichen Beziehung zu einander stehen, welche sich als Vertrag darstellt. Wir fragen: Was hat dieser Vertrag für eine Veranlassung, was für einen Zweck? Die erstere anbelangend ist uns überliefert[1]), wie sie häufig darin lag, daß eine Sache streitig geworden war. Dann kamen die streitenden Theile überein (ob aus eigenem Antrieb, ob auf Befehl des Richters, ist für jetzt gleichgültig), dieselbe zu sequestriren, und der Zweck war, 1. den augenblicklichen Streit um den Besitz der Sache zu beenden resp. zu umgehen, und 2. dem dereinst ob-

---

[1]) Fr. 110 d. V. S. (50. 16). Fr. 17 depositi (16. 3).

siegenden Theil die Realisirung seines Rechts zu sichern. Somit 30. fällt der Vertrag zwischen den Parteien unter den Begriff der Caution und die Sequestration selbst stellt sich dar als Cautionsmittel. Daneben giebt es Fälle, wo das gegenwärtige Recht der Deponenten an der betreffenden Sache nicht streitig, das zukünftige rechtliche Schicksal derselben aber noch ungewiß ist. Z. B. zwei Personen sind Miteigenthümer einer Sache, welche der überlebenden von ihnen ganz zukommen soll. Hier geschieht die Sequestration ebenfalls, um den noch ungewissen zukünftig eintretenden Rechtszustand zu sichern, der Vertrag zwischen den Deponenten ist daher gewissermaßen wieder Caution, doch nicht in dem strengen Sinn wie oben. Während dort die Deponenten, um ihren Streit über den Besitz zu beenden, denselben interimistisch aufgeben und auf einen Dritten übertragen mußten, so daß durch die Bestellung der Caution eine wirkliche Veränderung des Besitzstands eintrat, darf in dem jetzigen Fall der gegenwärtige Besitz nicht geändert werden, weil dadurch ein unzweifelhaft feststehendes Recht gekränkt werden würde, um ein mögliches zukünftiges zu sichern. Rücksichtlich des rechtlichen Verhältnisses der Deponenten zur Sache sowie des Besitzstands bleibt daher hier trotz der Sequestration das alte Verhältniß. Die Sicherheitsbestellung ist mehr factischer Natur und geschieht dadurch, daß überhaupt für die unveränderte Fortexistenz der Sache bis zu dem Zeitpunkt, wo ein anderer noch ungewisser rechtlicher Zustand eintritt, gesorgt wird.

So sind die Fälle, wo die Veranlassung zur Sequestration in einem Streit über das Recht an der fraglichen Sache lag, von vorne herein von denjenigen zu sondern, wo die Sequestration einen anderen Grund hatte. Die Fälle der ersten Art trennen sich wieder, je nachdem die Entscheidung des Rechtsstreits dem Sequester selbst als Schiedsrichter übergeben ist, oder im Weg förmlichen Prozesses erfolgen soll. In letzterem Fall dient die Sequestration entweder dazu, das prozessualische Verfahren vorzubereiten und einzuleiten, oder aber sie tritt in einem schon anhängigen Prozeß geradezu an die Stelle bestimmter prozessualischer Cautionen, welche auf Befehl des Richters bestellt zu werden pflegen.

II. Einzelne Fälle.

1. Sequestration einer streitigen Sache.

A. Der Sequester als Schiedsrichter.

§ 31.

31. Am einfachsten gestaltet sich die Sequestration, wo zwei Personen die streitige Sache einem Dritten übergeben, damit sie dieser derjenigen von ihnen restituire, welche er für die berechtigte hält.[1]) Hier ist der Sequester zugleich Schiedsmann, die Deponenten sind streitende Theile, welche einen Vertrag abgeschlossen haben: 1. Mit Umgehung des Magistrats die Entscheidung ihres Streits dem Sequester als selbstgewählten Schiedsrichter zu übertragen; 2. den Streitgegenstand bei dem Sequester zu deponiren und zwar so, daß derselbe dem siegenden Theil ausgeantwortet werde. Der erste Vertrag ist offenbar ein compromissum. Nun ist es eine bekannte Sache, daß nach älterem Röm. Recht zum Abschluß eines wirksamen compromissum nicht ein nudum pactum genügte, sondern daß entweder gegenseitige Pönalstipulationen hinzukommen mußten, oder directes Stipulationsversprechen der Anerkennung des arbitrium ohne Conventionalstrafe, welches eine actio ex stipulatu auf das Interesse begründete.[2]) Ein compromissum nudo pacto konnte nur ausnahmsweise die Wirkung haben, daß der gefällte Schiedsspruch eine Exception erzeugte, z. B. dann, wenn beide Theile ein beiderseitiges bedingtes pactum de non petendo geschlossen hatten für Hin- und Herforderungen, die zwischen ihnen bestanden.[3]) Außerdem aber wurde dem compromissum nudo pacto vollständige Wirksamkeit gesichert durch Deposition des Streitgegenstands oder

---

[1]) Das Verhältniß konnte auch so geordnet sein, daß der Schiedsrichter und der Sequester verschiedene Personen waren. Das änderte in der ganzen rechtlichen Sachlage wenig, und deshalb halte ich es nicht für nötig, diesen Fall als einen besonderen zu betrachten.

[2]) Arndts, Pandekten § 270. Vgl. unten § 37 a. E. S. 79.

[3]) ULPIAN. Fr. 11 § 3 de receptis (4. 8).

des Gegenstands der ausgemachten Strafe mit der Bestimmung, daß derselbe dem Sieger eingehändigt werde. Dieß ist deutlich ausgesprochen von Ulpian 31.

Fr. 11 § 2 de receptis (4. 8):

Quod ait Praetor PECUNIAM COMPROMISSAM, accipere nos debere non[1]) si utrimque poena nummaria, sed si et alia res uice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit; et ita POMPONIUS scribit. Quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret, qui uicerit, uel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum, tantundem, et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. Proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est, et cogetur sententiam dicere.

Daß in dem Fall, wo die res apud arbitrum deposita est eo pacto, ut ei daret, qui uicerit, eine Sequestration vorliegt, ist nach dem Obigen einleuchtend. Mir ist es sogar wahrscheinlich, daß Ulpian geschrieben hatte: „Quid ergo, si res apud sequestrem depositae sunt" und daß erst die Compilatoren in bekanntem Verbesserungseifer, weil zu ihrer Zeit der Sequester als eigentlicher Schiedsrichter Antiquität geworden war, anstatt des „sequestrem" eingesetzt haben: „arbitrum." Dem sei aber, wie ihm wolle: der Sinn der Stelle ist durch das „arbitrum" nicht verändert worden und so giebt dieselbe noch ein gutes Zeugniß für ein im Römischen Verkehr viel angewendetes, auf uralter Rechtssitte ruhendes Institut.

Wie aber war die Deposition des Streitgegenstands bei dem Arbiter juristisch aufzufassen? Um dieß zu erkennen, müssen wir etwas weiter ausholen.

---

[1]) Hinter non haben Vulgathss. tantum. Allein das ist offenbar ein späteres Einschiebsel der Abschreiber oder Interpreten. Uebrigens würde der Sinn dadurch nicht geändert, denn non si ꝛc. steht hier, wie auch sonst häufig, für non tantum si, non modo si. Vgl. NOODT ad Tit. D. IIII. 8 (Opp. Ed. Col. Agripp. a. 1732 Tom. II p. 111) und vor Allen SCHULTING-SMALLENBURG Notae ad Dig. Tom. I p. 95 (ad Fr. 17 de legib. [1. 3]) mit zahlreichen Citaten.

§ 32.

32. Schon oben geschah der Römischen Sitte Erwähnung, bei außergerichtlichen Wetten den Wettpreis bei einem Dritten, der auch über den Ausfall der Wette entscheiden sollte, zu deponiren. Ein solcher Depositar hieß im Volksmund sculna, in der edleren Sprache sequester. Es genügte dabei eine pactio anstatt der sponsio [1]), obwohl auch zu einer wirklichen sponsio das Einsetzen des Wettpreises durch Deposition bei dem Sequester hinzutreten konnte. [2]) Jedenfalls wurde das Niederlegen der Wettsumme als Einsatz eines Pfandes (positum pignus) für die vorhergegangene pactio oder sponsio der Parteien betrachtet, und zwar unter einer lex commissoria zu Gunsten des Siegers. [3]) Dem ist zwar von Bachofen [4]) widersprochen und dieser Widerspruch von Keller [5]) nicht gemißbilligt worden. Allein ich halte dennoch die obige, von Rudorff aufgestellte Meinung für richtig. Freilich gehört das ganze Institut der älteren Zeit an, später verschwand es, doch wohl weniger „aus dem Gebrauch des gemeinen Lebens", wie Bekker [6]) meint, als insofern die noch fortlebende Volkssitte einer veränderten juristischen Anschauung unterworfen wurde. [7]) Bei der eigentlichen sponsio, sagt Bachofen, sei „der Sieges-

---

[1]) Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 195 ff.

[2]) Vgl. Macrobius Saturn. III. 17, 15 sqq. (abgedruckt ob. § 8 S. 15). Servius zu Vergil. Buccol. III. 31 (abgedruckt ob. § 14 S. 27). Fr. 17 § 5 de praescript. uerb. (19. 5).

[3]) Rudorff a. a. O. Vgl. auch Bekker, die prozessualische Consumption im klassischen Röm. Recht. Berlin 1853. S. 30. Die Behauptung Rudorff's ist übrigens nicht neu. Sie findet sich im Wesentlichen schon ausgesprochen bei Cuiacius, Paratitla in Cod. Iustin. l. IIII tit. IIII und P. Perrenonius, Animaduersionum et uariar. lection. l. I c. 14 (Ottonis Thesaur. iur. Rom. T. I p. 610). Der Letztere vermeidet sogar den Fehler Rudorff's, das pignus ponere bei der Wette als den Fall einer eigentlichen juristischen Sequestration anzusehen.

[4]) Das Röm. Pfandrecht. Basel 1847. 1. Bd. S. 481 ff.

[5]) In den Kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, begründet von Richter, fortgesetzt von Schneider. Jahrgang XI S. 1009.

[6]) A. a. O.

[7]) S. u. § 34.

preis Gegenstand einer Stipulation, die bestrittene Behauptung 32. Bedingung derselben, der iudex Kampfrichter", bei der Wette durch „pactum verbunden mit pignus" fehle es „an einer Klage, an ihre Stelle trete die rein factische Sicherheit des offenen Einsatzes, zuweilen in die Hände eines Sequester, welcher die Wette manchmal selbst entscheidet, immer aber den Wettpreis an den Sieger verabfolgt"; es könne daher nicht bezweifelt werden, „daß hier nur von einem bildlichen Gebrauch des Worts pignus die Rede sei." Um dieß zu beweisen, wird zunächst gesagt: „Wo ist denn die Forderung, für deren Erfüllung das Pfand haften soll?" Diese Frage ist höchst eigenthümlich: die Wette ist ja nichts Anderes als das Versprechen einer Summe oder eines sonstigen Gegenstands unter einer gewissen Bedingung: geschieht dieses Versprechen durch ein bloßes pactum, so entsteht eine bedingte naturalis obligatio, für welche recht gut ein Pfand bestellt werden kann; charakterisirt doch Bachofen selbst die Wette durch pignus als ein „pactum verbunden mit pignus." Die ferneren Gründe, welche Bachofen für seine Meinung beibringt, reduciren sich darauf, daß er die von Rudorff gesammelten Beweise für nicht zureichend erachtet. Wollten wir auch die vorzugsweise angegriffenen Stellen aus Columella[1]) und Vergil[2]) gar nicht auf

[1]) De re rustica VIII. 2, 5 (Gessner I p. 635): „cuius plerumque totum patrimonium, pignus aleae, uictor gallinaceus pyctes abstulit."

[2]) Eclog. III. 28–37:

„Damoetas: Vis ergo, inter nos, quid possit uterque, uicissim
Experiamur? Ego hanc uitulam – ne forte recuses,
Bis uenit ad mulctram, binos alit ubere fetus –
Depono; tu dic, mecum quo pignore certes?
Menalcas: De grege non ausim quidquam deponere tecum:
Est mihi namque domi pater, est iniusta nouerca,
Bisque die numerant ambo pecus, alter et haedos.
Verum id, quod multo tute ipse fatebare maius –
Insanire libet quoniam tibi –, pocula ponam
Fagina, caelatum diuini opus Alcimedontis
— — — — — — — — — —
Damoetas: — — — — — — — — — —
Si ad uitulam spectas, nihil est, quod pocula laudes.
Menalcas: Numquam hodie effugies; ueniam quocunque uocaris."

32\. die Wagschale legen, obgleich gerade das Gedicht des Letzteren sehr deutlich spricht, so sind doch viele Stellen bei Plautus[1]), Ovid[2]), Phädrus[3]), Valerius Maximus[4]), Gellius[5]), Servius[6]) und Anderen[7]) vollkommen hinreichend, um uns zu überzeugen, daß die Wette durch pignus ein im Römischen Verkehr vielvorkommendes Institut war, welches bei dem practischen Sinn und der in Geldsachen oft so peinlichen Genauigkeit der Römer gewiß nicht ohne rechtliche Wirkung blieb. Ein Römer wettet und deponirt obendrein den Wettpreis nicht, wenn er befürchten muß, als Sieger den von seinem Gegner gesetzten Gegenstand nicht zu bekommen, oder, sollte er ihn erhalten haben, zurückgeben zu müssen, wenn es dem Unterliegenden einfallen sollte, von der Wette wieder abzustehen. Es ist ein gemütlicher Gedanke, „der freundschaftliche Verkehr des täglichen Lebens (stoße) die Formen des strengen Rechts von sich", aber kein Römischer. Daß die meisten Beispiele von der Wette durch pignus sich bei Dichtern finden, kein einziges den Rechtsquellen angehöre, würde, wenn es auch wahr wäre, doch nur als ein höchst verunglückter Grund angesehen werden können: vor Entdeckung des Gaius las man Anspielungen auf gar manches Rechtsinstitut

---

[1]) Epidicus V. 2, 34—36. Poenulus V. 4, 72. Casina prolog. uu. 75 und 76. Bacchides IIII. 9, 132 und 133. Persa II. 2, 4—6. Vgl. auch von Weitem Curculio II. 3, 75 ff. Die letztere Stelle giebt ein Zeugniß für die verwandte Sitte im Würfelspiel, gewisse Gegenstände einzusetzen, und darauf hat man wohl auch bezogen IUVENAL Satir. I. u. 90. Allein vgl. dagegen E. G. WEBER in seiner Ausgabe des IUVENAL Wimar. 1825. S. 142 ff.

[2]) Ars amat. I u. 168: „et quaerit posito pignore uincat uter."

[3]) IIII. 20: „a me contendet fictum quouis pignore."

[4]) IIII. 3, 3: „pignore cum quibusdam posito — pactum uictoriae pretium — pignus posuisse."

[5]) Noct. Att. V. 4: „librarius in quoduis pignus uocabat: si in una uspiam littera delictum esset."

[6]) Ad VERGIL. Ecl. III. 31. Abgedruckt in § 14 S. 27.

[7]) Z. B. CATULL. carm. 44 Ad Fundum u. 4: „Quouis Sabinum pignore esse contendunt." Die schon oben (§ 7 SS. 13 u. 14) benutzten Stellen bei SERVIUS (in VERGIL. Aen. XI. 133), FESTUS, LACTANTIUS PLACIDUS und ISIDOR beziehen sich auf den wirklichen Sequester und können daher erst unten weiter gebraucht werden.

bei Poeten und anderen nichtjuristischen Schriftstellern, während 32. in den ex professo vom Recht handelnden Büchern davon nichts enthalten war. Uebrigens hat es seinen guten Grund, daß die Rechtsquellen das pignore certare nicht ausdrücklich erwähnen. Ich glaube auch nicht, daß noch die späteren klassischen Juristen den deponirten Wettpreis als pignus im eigentlichen Sinn auffaßten.

§ 33.

Das pignus ist ein Rechtsinstitut, welches in dem alten Römischen Verkehr viel vorkam. Bloße pacta, namentlich auch die im Leben so häufigen, damals noch nicht klagbaren späteren Consensualcontracte, konnten ebensogut wie dadurch, daß man sie in Form einer Stipulatio kleidete oder in einen Literalcontract faßte, Sicherung ihrer Wirksamkeit erhalten, wenn man damit einen Realcontract verband, welcher als pignoris datio oder Geben einer arrha erscheint[1]) und überall als eigentliche Pfandgebung aufzufassen ist, wie ich — um die Darstellung an dieser Stelle nicht weiter zu unterbrechen — in der Beilage II nachweisen werde. So erklärt sich die große Rolle, welche bei Plautus und anderen alten Schriftstellern die Sicherung von Verträgen durch Hingabe oder Deposition eines Gegenstands spielt und es ist nicht abzusehen, warum man sie nicht auch angewendet haben sollte, um der aus einer Wette entstandenen bedingten Obligation Kraft und Nachdruck zu geben[2]), besonders in dem Verkehr mit Nichtbürgern, mit welchen eine eigentliche sponsio unmöglich war und da, wo der Wettpreis nicht in Geld, sondern in individuellen Sachen — z. B. in Ringen, wie so häufig bei den Römern[3]) — bestand, indem hier auch eine gewisse Sicherung gegen das Abhandenkommen, die Unterschlagung ꝛc. solcher Sachen willkommen war. Man konnte es dabei unterlassen, den Wettvertrag in eine

---

[1]) Vgl. Bekker De emptione uenditione etc. p. 8.

[2]) Daß für eine bedingte Obligation ein Pfandrecht bestellt werden kann, ist kein Zweifel. Fr. 9 § 1. Fr. 11 pr. § 1 qui potiores (20. 4).

[3]) Vgl. Plinius Histor. natural. l. XXXIII c. 6 i. f.

33. Stipulationsformel zu fassen, das machte die Sache leichter und jedenfalls bequemer.[1]) Der einfach ausgesprochene consensus und die Deposition der Pfandsache beim Sequester genügte, um das Geschäft vollkommen wirksam zu begründen. Freilich wurde dabei der Besitz der Pfandsache nicht auf den Creditor selbst übertragen: aber das war vor der Hand auch nicht nötig, denn der Besitz war einem unparteiischen Vertrauensmann beider Theile eingeräumt, welchem jedenfalls auch Schutz für denselben gewährt wurde. Die Wette ist immer ein unter einer Suspensivbedingung abgeschlossener Vertrag; der damit verbundene Pfandvertrag stellt sich umgekehrt als Vertrag unter einer Resolutivbedingung dar. Bis zur Deficienz der letzteren ist es noch ungewiß, ob das Pfandrecht bestehen bleibt oder nicht, und bis dahin kann recht gut den Besitz der Pfandsache interimistisch der Sequester haben. War die Wette entschieden, so konnte der Sieger das von ihm gesetzte Pfand zurückfordern, da seine Verbindlichkeit und damit auch das Pfandrecht aufgehört hatte; von dem Gegner aber konnte er verlangen, daß dieser ihm in beßter Form Rechtens an dem g e w o n n e n e n Wettpreis Eigenthum bestelle. Weigerte sich dieser, so war es Sache des Sequester, den Besitz des Pfands dem Sieger zu überantworten und einer etwaigen Klage von Seiten des Besiegten gegen den Depositar stand dann eine auf die Nebenbestimmung bei der Deposition sich stützende exceptio doli entgegen, während der Sieger nunmehr den Schutz genoß, welcher dem Pfandgläubiger überhaupt wurde. Wie aber, wenn noch vor der Aushändigung der Sache an den Sieger der Besiegte seinen Auftrag an den Sequester widerrufen hatte? Und genügte im Allgemeinen die Uebertragung des Besitzes dem Sieger? Hatte er nicht das Recht, Eigenthum an dem Gegenstand der Wette zu fordern? Das Recht des Pfandverkaufs war in jener alten Zeit noch nicht von selbst in dem Pfandrecht enthalten, ja es war damals wohl noch nicht einmal ein ausdrücklicher Verkaufsvertrag bei der Verpfändung üblich[2]); auch wäre

[1]) Wie das die Römer zu schätzen wußten, darüber vgl. PAULLUS Sententiae receptae V. 33. § 2 (abgedruckt u. § 75).

[2]) Bachofen a. a. O. S. 157 ff. Keller a. a. O. S. 1002 ff.

oft dem Sieger durch den Verkauf der Sache wenig gedient ge- 33. wesen, besonders wenn er sie selbst behalten wollte. Er hätte sich also auf den Besitz und dessen Schutz beschränkt gesehen, wenn nicht durch eine andere, damals sehr gebräuchliche Nebenverabredung geholfen worden wäre. Beispiele von der lex commissoria beim Pfandvertrag finden sich schon in alter Zeit, so in einem Musterformular für Pachtverträge bei

CATO De re rustica c. 146. 2 (GESSNER I p. 108):

Donicum solutum erit, aut ita satisdatum erit, quae in fundo illata erunt, pignori sunto: ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportauerit domini esto.

und bei

CICERO Epistul. ad diuersos lib. XIII ep. 56. 2:

Praeterea Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluuio dedit. Hae commissae sunt. Velim cures, ut aut de hypothecis decedat easque procuratoribus Cluuii tradat, aut pecuniam soluat.

Eine solche lex commissoria wurde auch bei der Wette dem Pfandvertrag einverleibt und dadurch bewirkt, daß, sobald der Besiegte sich weigerte, dem Sieger Eigenthum an dem Wettobject zu bestellen, die Pfandsache von selbst demselben zufiel, ein Resultat, welches, da die Letztere und das Erstere identisch waren, immer dem anfänglichen Vertragswillen der Parteien entsprach.

§ 34.

Zu Anfang der Kaiserzeit wurde nun wahrscheinlich von Labeo und seiner Schule[1]) der Begriff der unbenannten Realcontracte ausgebildet, indem man den Gedanken geltend machte, daß der formlose Vertrag aufhöre ein nudum pactum zu sein, sobald er von dem einen Paciscenten erfüllt sei und so von Seiten des Er-

[1]) PAPINIAN Fr. 1 § 1. ULPIAN Fr. 19 pr. Fr. 20 pr. de praescript. uerb. (19. 5). Fr. 7 § 2 de pactis (2. 14). Fr. 3 § 3 de condict. caus. data (12. 4). Zimmern, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 3 § 55 Not. 12. Schilling, Institutionen Bd. 2 § 110 Not. h. Bd. 3 § 250 Not. v. § 324 a. A. Daher mag es auch kommen, daß der Sabinianer GAIUS der actio praescriptis uerbis nicht erwähnt in Fällen, wo sie doch in den Institutiones imperiales vorkommt. Vgl. GAIUS III. 143 u. 144 mit §§ 1. 2. I. de locat. et cond. (3. 24). Vgl. auch Keller, Röm. Civilprozeß. § 42 (S. 171) besonders Not. 479.

34. füllenden und für denselben eine ciuilis causa erhalten habe. Man führte für diese Fälle eine neue Klage (incerta und bonae fidei) ein: die actio praescriptis uerbis, welche bald zur Ergänzung des ganzen Klagensystems und zur Geltendmachung jedes erlaubten Vertrags diente, sobald der Kläger sich dabei auf eine schon geschehene Erfüllung berufen konnte. Namentlich kam sie zur Anwendung, wo ein vorliegendes Rechtsgeschäft nicht ganz unter den Begriff eines ordentlichen Contracts paßte, indem Merkmale desselben fehlten oder zweifelhaft waren, oder wo ein Rechtsgeschäft zwischen mehreren ordentlichen Contracten schwankte, oder endlich da, wo ein Rechtsgeschäft eine Verbindung von mehreren Contracten enthielt, ohne daß sich entscheiden ließ, welcher unter diesen der eigentliche Hauptcontract sei.[1]) Da war es natürlich, daß man auch das pignore certare, ein Rechtsgeschäft, das aus so verschiedenartigen Verträgen und Contracten (Wettvertrag zwischen den Parteien, Pfandvertrag zwischen denselben mit lex commissoria, Deposition beim Sequester rc.) zusammengesetzt war, ohne daß einer derselben das ganze Verhältniß entschieden beherrscht und demselben seinen Typus aufgeprägt hätte, unter den neu aufgestellten Begriff zu subsumiren suchte. Man konnte dabei den ursprünglichen Vertrag zwischen den Wettenden, sowie das ziemlich complicirte Pfandverhältniß mit der lex commissoria, außer Acht lassen und brauchte bloß Rücksicht zu nehmen auf die Beziehungen, in welchen die Deponenten zu dem Sequester standen. Jeder der Ersteren gab dem Letzteren eine Sache, damit dieser sie eintretenden Falls dem Gegner, oder aber, wenn dieser Fall nicht eintrat, zugleich mit dem vom Gegner zu diesem Zweck deponirten Gegenstand, ihm restituire. Es lag also von jeder Seite ein Innominatcontract vor, welcher auf die alternative Grundformel do ut facias (i. e. meo nomine aduersario des) aut des (i. e. reddas et des) sich zurückführen läßt.[2]) Dabei stehen

[1]) Vgl. über das Alles Schilling a. a. O. Bd. 3 S. 576 und namentlich über den letzten der obengedachten Fälle PAULLUS Fr. 5 § 4. AFRICANUS Fr. 24 de praescript. uerbis (19. 5). ULPIAN Fr. 20 § 1 eod. Siehe oben § 18 S. 39 Not. 1.

[2]) Innominatcontracte mit alternativer Fassung sind nichts Ungewöhnliches, so z. B. der Tröbelvertrag ULPIAN Fr. 17 § 1 de praescript. uerb. (19. 5).

beide so abgeschlossene Innominatcontracte in dem Verhältniß, daß, 34.
wenn bei dem einen die Bedingung des facere eintrat, dieselbe bei dem anderen deficirte, somit die Verpflichtung zum dare blieb und umgekehrt. Da somit immer das facere aus dem einen mit dem dare aus dem anderen Contract zusammentreffen muß, kann (in Folge besonderer Contractsbestimmung) in dem dare des Letzteren recht gut die Verpflichtung enthalten sein, den Gegenstand des facere aus dem anderen Contract mitzuleisten. Es bleibt also die ursprüngliche Uebereinkunft (das pactum oder die sponsio unter den Wettenden) juristisch ganz unberücksichtigt. Der Zweck derselben wird vollkommen erreicht und gesichert durch die beiden mit dem sculna abgeschlossenen Innominatcontracte.

§ 35.

Daß Ulpian das Verhältniß so auffaßt, ergiebt sich aus:

Fr. 17 § 5 de praescriptis uerbis (19. 5):

Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit uictori, praescriptis uerbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est SABINI opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat; quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem neque dominium uictor habuit, aget furti? Plane si inhonesta[1]) causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.[2])

Zwar scheint die Stelle eine förmliche Sponsion zwischen den Wettenden vorauszusetzen, doch bleibt diese völlig unberücksichtigt und es könnte eben so wirksam bloß ein nudum pactum vorhanden sein. Die Wettpreise beider Theile (zwei Ringe) sind bei einem Dritten deponirt und zwar so, daß dem Sieger beide ausgeantwortet werden sollen. Wenn nun der Depositar dieselben

---

Fr. 1 § 1 de aestimatoria (19. 3). Vgl. außerdem PAPINIAN Fr. 8 und POMPON. Fr. 26 i. f. de praescript. uerb. (19. 5).

[1]) Basilik. XX. 4, 17 § 5 (HEIMB. t. II p. 382): εἰ δὲ ἀπρεπὴς ἦν ἡ αἰτία.

[2]) Man hat in dieser Stelle oft den Fall einer eigentlichen Sequestration finden wollen. Allein dagegen polemisirt schon ALCIAT in L. 110 d. V. S. (Opp. Ed. Basil. 1582 t. 2 c. 1161). Vgl. auch unten § 36.

35. dem Sieger nicht herausgiebt, so wird diesem die actio praescriptis uerbis zugesprochen. Dieß läßt sich nicht anders erklären, als auf die in dem Vorhergehenden angegebene Weise. — Die Stelle aber ist um so merkwürdiger, als sich darin allerdings auch eine Spur der älteren Auffassung des Verhältnisses zeigt. Sabinus hatte die Meinung geäußert, daß dem Sieger gegen den die Herausgabe der Ringe verweigernden Depositar die condictio (furtiua) und actio furti zustehe. Diese Klagen wären vom Standpunkt des Innominatcontracts unerklärlich. Da hatte man den Wettgegenstand dem Depositar gegeben, damit er ihn zugleich mit dem gegnerischen Einsatz zurückerstatte, oder damit er ihn dem Gegner aushändige. Zu Beidem war der Sequester aus dem von ihm eingegangenen Realcontract alternativ verpflichtet. Dieser Verpflichtung gegenüber stand dem Sieger kein anderes Recht an den bei dem Sequester befindlichen Wettgegenständen zu, als ein persönliches. War also die Bedingung zu seinen Gunsten entschieden, so konnte er aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrag fordern, daß ihm jene Sachen gegeben würden. Das bloße Verweigern der Erfüllung einer Obligatio aber ist nie als furtum betrachtet worden, namentlich nicht von Sabinus, welcher, wie wir aus Gellius[1]) wissen, im zweiten Buch seiner libri III iur. ciuil. folgende Definitionen des furtum hatte:

Qui alienam rem attrectauit, cum id se inuito domino facere iudicare deberet, furti tenetur

und

Qui alienum tacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, siue scit cuius sit, siue nescit;

worin offenbar eine Contrectation als wesentliches Merkmal des furtum vorausgesetzt wird und es ist jedenfalls nur ein Mißverständniß von Gellius, wenn er aus der Aeußerung des Sabinus:

— ne id quidem — dubitare se —, quin dominus furti sit condemnandus, qui seruo suo, uti furtum faceret, imperauit

schließen will:

---

[1]) Noct. Att. XI. 18.

furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente 35. atque animo, ut furtum fiat, annitente.

Wird doch auch ausdrücklich erwähnt, daß Sabinus und Cassius das bloße Verweigern der Herausgabe eines Depositum nicht als furtum ansahen.[1]) Nur wenn zu dem gefaßten animus rem sibi habendi des Depositars eine Contrectationshandlung hinzukam, wurden die Diebstahlsklagen zugelassen. Dieß war jedoch bloß möglich bei einem Contract, bei dem der berechtigte Contrahent schon juristischen Besitz oder ein directes Recht an der fraglichen Sache hatte, dem gegenüber eine contrectatio denkbar war. Vom Standpunkt des Innominatcontracts ist weder an Entziehung des Besitzes, noch des Usus rc., folglich auch nicht an eine Contrectation zu denken. Verweigern der Herausgabe der Ringe dem bloßen Forderungsrecht des Siegers gegenüber konnte, selbst wenn der Sculna dieselben bei Seite gebracht oder versteckt hatte, nicht als Contrectation gelten, da Jener weder Besitz, noch ein directes Recht an den betreffenden Sachen hatte, welches ihm dadurch hätte entzogen werden können: der von dem Gegner gesetzte Ring war weder in seinem Eigenthum, noch in seinem Besitz; seinen eigenen Ring hatte er dem Sculna (ins Eigenthum und in den Besitz) gegeben — konnte er ja denselben nur zurückfordern, wenn die causa der Wette inhonesta, folglich der Vertrag contra bonos mores und deshalb nichtig war —, so daß Ulpian mit vollem Recht sagt: „quemadmodum . . . rei nomine, cuius neque possessionem, neque dominium uictor habuit aget furti?“ Wäre Sabinus, wie Ulpian, bei seiner Entscheidung von der Annahme eines Innominatcontracts ausgegangen, so bliebe sie allerdings unerklärlich. Aber es ist schon an sich unwahrscheinlich, daß Sabinus, dessen Schule noch in späteren Zeiten die Innominatcontracte mißbilligte,

---

[1]) Fr. 3 § 18 de A. V. A. P. (41. 2). Vgl. auch Fr. 1 §§ 1 u. 2. Fr. 52 § 19 Fr. 67 pr. de furtis (47. 2). Fr. 13 depositi (16. 3). Infitiari depositum bedeutet nicht sowohl das Abläugnen vor Gericht, als die arglistig verweigerte Herausgabe der deponirten Sache. Vgl. noch Iuvenal Sat. 13. 60. Quintil. Declamationes 245. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 459.

35. das fragliche Rechtsgeschäft mit denselben Augen betrachtet haben sollte, wie Ulpian. Näher liegt es, daran zu denken, Sabinus habe noch der alten Auffassung, wonach die eingesetzten Wettpreise als Pfänder angesehen wurden, gehuldigt. Danach stellt sich unser Fall so. Die Ringe waren als Pfänder für die Sponsionen sub lege commissoria bei einem Sequester deponirt. Nach Entscheidung der Wette weigerte sich der Sequester, sie dem Sieger zu geben. Das konnte nun eher als furtum gelten. Stehen doch auch gegen den Pächter, welcher die dem Verpächter verpfändeten Früchte des Grundstücks — an denen Jener durch Perception Besitz und Eigenthum erlangt hat — verschleppt oder verkauft und überhaupt gegen den, welcher seine einem Anderen verpfändete Sache verkauft (obwohl er sie selbst noch fortbesitzt), die Diebstahlsklagen zu.[1]) Dieß hat darin seinen Grund, daß dem Pfandrecht, als directem Recht an einer Sache, gegenüber sich ganz wohl eine wirkliche contrectatio denken läßt. Es ist daher erklärlich, daß man auch den Sculna, welchem der Besitz bloß auf eine bestimmte Zeit interimistisch übertragen war, sobald er animo lucro faciendi die Wirksamkeit des Pfandrechts des Siegers zu vereiteln suchte, als einen fur ansah, wozu noch kommt, daß in Folge der lex commissoria die Pfandsache in bona des Eigenthümers gekommen sein konnte, so daß nunmehr nicht bloß sein Pfandrecht, sondern auch sein Eigenthum durch die Weigerung des Sequester, die fragliche Sache herauszugeben, verletzt wurde. Freilich muß dabei überall eine wirkliche Contrectationshandlung des Sequester vorausgesetzt werden. Allein das kann ohne Bedenken geschehen, da ja auch Ulpian nicht von dieser Seite die Ansicht des Sabinus angreift, also anzunehmen scheint, daß der Thatbestand des furtum im vorliegenden Fall vorhanden wäre, wenn nicht die ausdrücklich genannten Requisite fehlten.

So zeigt sich denn, wie von dem pignus ponere wohl eine Spur in den Rechtsquellen sich vorfindet, und zugleich erhellt, daß bei der veränderten und bald allgemein gewordenen Auffassung der späteren Zeit eine ausdrückliche Erwähnung dieses Insti-

---

[1]) Africanus Fr. 61 § 8 Paullus Fr. 66 pr. de furtis (47. 2).

tuts in den Justinianischen Rechtsbüchern und anderen Rechts- 35.
quellen durchaus nicht erwartet werden kann.

§ 36.

Das pignore certare ist nun mit dem Fall der eigentlichen Sequestration, dessen Betrachtung wir uns vorgesetzt haben: wo beide Theile den streitigen Gegenstand beim Schiedsrichter deponiren, wohl nahe verwandt, keineswegs aber identisch. Dort existiren, wenn beide Theile auf ihre Behauptungen etwas gesetzt haben, zwischen denselben zwei reziprok bedingte Obligationen, und jeder Contrahent deponirt für den Fall, daß er verlieren sollte, sofort den Wettgegenstand als Pfand; hier besteht unter den Parteien bloß eine unbedingte Obligation, das Compromissum, und beide Theile deponiren zusammen den Streitgegenstand. Im ersteren Fall liegt also eine Sequestration im juristischen Sinn, wo eine Sache a pluribus in solidum certa conditione custodienda reddendaque deponirt wird, nicht vor und dieß zeigt sich auch in späterer Zeit noch darin, daß gegen den Depositar eine actio depositi sequestraria nicht zulässig ist, sondern nur die actio praescriptis uerbis.[1])

Den Namen Sculna oder Sequester führt also beim pignore certare der Depositar nicht im streng juristischen Sinn, sondern er hat ihn wohl bloß der anscheinenden, äußeren Aehnlichkeit des Verhältnisses zu verdanken.[2]) Nichtsdestoweniger aber müssen wir doch behaupten, daß auch bei dem jetzt zu behandelnden Fall eigentlicher Sequestration die Deposition des Streitgegenstands wenn auch nicht als ein pignore certare, so doch als ein pignus ponere von beiden Seiten angesehen wurde.[3])

---

[1]) Fr. 17 § 5 de praescript. uerb. (19. 5).

[2]) Daß die Römer selbst einen Unterschied zwischen dem Sequester im streng juristischen Sinn und dem Sequester nach allgemeinem Sprachgebrauch machten, geht aus Fr. 6 depositi (16. 3) hervor, wo PAULLUS mit Nachdruck sagt: proprie in sequestre est depositum. Der Gegensatz wäre natürlich improprie sequester accipitur. Vgl. P. PERRENONIUS Animadu. I c. 14. S. oben S. 66 Not. 3.

[3]) Die Aufstellung des strengeren Begriffs des depositum apud sequestrem

§ 37.

37. Wenn zwei Parteien ihre Streitsache einem Schiedsrichter übergeben, so vertritt die (nudo pacto oder stipulatione) unter denselben abgeschlossene Obligation, das Compromissum, gewissermaßen die Stelle der Litiscontestation im Civilprozeß. Wie durch diese von selbst eine neue Obligation, ein condemnari oportere nach Maßgabe der formula entstand[1], so machten sich durch das freiwillig eingegangene Compromissum die Parteien anheischig, dem Spruch des Arbiter Folge zu leisten. Der Unterschied ist nur der, daß durch die Litiscontestation das Klagrecht aufgezehrt wird, während bei dem Compromissum das materielle Streitverhältniß jedenfalls unverändert bleibt. Im früheren klassischen Recht scheint zwar die Rechtsansicht herrschend gewesen zu sein, daß aus dem Spruch des Arbiter wohl für den siegenden Beklagten eine exceptio (ueluti pacti), nicht aber für den siegenden Kläger eine actio entstehe. Das wird erwähnt von Justinian in C. 5 pr. de receptis (2. 56), und auch in den Pandekten finden sich noch deutliche Spuren, so bei Ulpian in

Fr. 13 § 1 de receptis (4. 8):

Idem Pomponius scribit: si de meis solis controuersiis sit compromissum, et de te poenam sim stipulatus, uidendum, ne non sit compromissum; sed cui rei moueatur, non uideo. Nam si ideo, quia de unius controuersiis solum compromissum est, nulla ratio est, licet enim et de una re compromittere; si uero ideo, quia ex altera duntaxat parte stipulatio interuenit, est ratio. Quamquam si petitor quis stipulatus est, possit dici, plenum esse compromissum, quia is, qui conuenitur, tutus est ueluti pacti exceptione; is qui conuenit, si arbitrio non pareatur, habet stipulationem. Sed

---

ist natürlich ein Product der späteren Zeit. Das eigentliche pignus ponere und die Deposition des Streitobjects beim sequester mögen anfänglich ein und dasselbe Institut gewesen sein. Das ganze Verhältniß war so naturgemäß und ursprünglich, daß die frühere Jurisprudenz es nicht für notwendig hielt, dasselbe juristisch zu zerlegen und zu zergliedern.

[1]) Gaius III. 180 ff. IIII. 107.

id uerum esse non puto; neque enim sufficit exceptionem 37. habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur;

und

Fr. 2 eod.

Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.

Allein gerade diese beiden Stellen beweisen auch, daß jene Ansicht bei den späteren klassischen Juristen keine Billigung fand, daß vielmehr der Satz feststand, die sententia arbitri mache in keiner Weise res iudicata. Dieß wird auch anderwärts ausgesprochen, so von

Paullus Sententiae receptae V. 5[a], 1:

Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit; sed si poena inter eos promissa sit, poena rei in iudicium deductae ex stipulatu peti potest.[1])

Nun hatte aber das Compromissum denselben Zweck, wie ein förmlicher Prozeß: dem Rechtsstreit ein Ziel zu setzen.

Fr. 1 de receptis (4. 8):

Paullus (libro II° ad Edictum)

Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet.[2])

Es mußten daher auch Mittel gefunden werden, der sententia arbitri eine endliche Kraft und Geltung zu sichern und die Wiederholung des Streits unmöglich zu machen. Zu diesem Behuf pflegte man bei dem durch gegenseitige Pönalstipulationen eingegangenen Compromiß die Strafe auf den vollen Betrag des Streitobjects zu stellen[3]), obwohl dieß nicht geradezu geboten war[4]) und die poena sogar auf eine noch unbestimmte Summe (quanti ea res erit) gerichtet sein konnte[5]); ja es kam auch vor, daß ohne

---

[1]) Vgl. noch Antoninus I. C. 1 de receptis (2. 56).

[2]) Vgl. auch Ulpian Fr. 3 § 1 eod. (4. 8). Iustinianus C. 14 de iudic. (3. 1).

[3]) Ulpian Fr. 4 § 3 de doli exceptione (44. 4).

[4]) Paullus Fr. 32 pr. de receptis (4. 8).

[5]) Paullus Fr. 28 eod.

37. alles Weitere ein auf sententiae stare gerichtetes Compromissum durch Stipulation eingegangen wurde und daraus mit einer incerta actio ex stipulatu (auf QUIDQUID DARI FIERI OPORTET) geklagt wurde.[1])

§ 38.

Wie aber erreichte man jenen Zweck bei dem formlos (nudo pacto) eingegangenen Compromiß, wo das Streitobject beim Arbiter mit der Bestimmung deponirt war, daß es dem Sieger ausgehändigt werde? Konnte da nicht immer, wenn auch der Arbiter entschieden und dem Sieger die Sache übergeben hatte, der Gegner wieder von Neuem auf gerichtlichem oder außergerichtlichem Weg den Streit beginnen? Hatte doch die sententia des Arbiter nicht die Kraft einer res iudicata, vermochte es doch derselbe nicht, durch seinen Spruch einer Partei Eigenthum zu geben oder zu nehmen. In Folge des bloßen Vertrags konnte auch keine Partei gezwungen werden, auf die andere (in Gemäßheit des Ausfalls der sententia) Eigenthum zu übertragen, oder bei ihrem Auftrag an den Arbiter, dem Gegner, wenn er siegen sollte, Eigenthum zu bestellen, stehen zu bleiben. Der Theil, für welchen die sententia ungünstig ausfiel, konnte jederzeit, sogar nach Eröffnung des Spruchs, den Auftrag widerrufen und war auf keine Weise aus dem nudum pactum zu zwingen, bei seiner Einwilligung zur Uebergabe des Streitgegenstands an den Sieger zu beharren. Dieß gestaltet sich Alles anders, wenn man die Deposition des Streitgegenstands als Einsetzen eines Pfands für die beiderseits eingegangene Verpflichtung sententiae stare betrachtet. Die Sache ist streitig, und da das Recht nur auf einer Seite sein kann, wird auch nur ein Theil dieselbe als Eigenthümer verpfänden. Es ist aber noch ungewiß, wer das Recht hat, es kann also noch nicht feststehen, wer als Eigenthümer und wer als Nichteigenthümer die Verpfändung vornimmt. Nichtsdestoweniger steht einer solchen durch beide Theile kein Bedenken im Weg. Man kann sich zwar nicht darauf

---

[1]) ULPIAN Fr. 27 § 7 eod. Vgl. oben § 31.

berufen, daß, wenn der eine Verpfänder A auch nicht Eigenthümer 38. sein sollte, doch die Einwilligung des anderen Verpfänders und Eigenthümers B die Verpfändung des Ersteren kräftig mache[1]), denn Niemandem kann seine eigene Sache verpfändet werden[2]); so daß sich materiell die Verpfändung des Nichteigenthümers immer als ungültig herausstellen wird; allein man bedenke, daß es sich hier um ein rein formelles Verhältniß handelt, durch welches die materielle Wirkung eines an sich nicht hinreichend kräftigen Vertrags aufrecht erhalten werden soll. Wir dürfen also das aus dem materiellen Pfandrecht hergeholte Bedenken aufgeben, wenn wir sehen, daß, formell betrachtet, das Pfandrecht nicht angefochten werden kann und so die Sicherung des Vertrags bestehen bleibt. Ist die sententia gesprochen und zu Gunsten des Einen entschieden, so kann dieser Ausantwortung der Sache vom Sequester fordern. Wollte aber der Gegner die sententia anfechten und deshalb von dem Compromissum zurücktreten, so vermöchte er dieß nur zu thun, indem er aufstellte, dieselbe sei materiell unrichtig, also er noch Eigenthümer, der Sieger Nichteigenthümer.[3]) Nun wäre aber der Fall eingetreten, für den die Verpfändung berechnet ist. Auf die Ungültigkeit des Pfandrechts kann er sich, da er Eigenthümer sein will, nicht berufen. Angenommen, daß seine Behauptung richtig, die sententia ungerecht und er der wahre Eigenthümer wäre, so würde er dadurch, daß er seiner Vertragsverpflichtung, sententiae stare, zuwiderhandelt, in Folge der dem Pfandvertrag beigefügten lex commissoria, sein Eigenthum — wenigstens das bonitarische — verlieren und der Siegende könnte auf die rei uindicatio desselben sich entweder negativ einlassen, oder, wenn das quiritarische Recht zurückgeblieben wäre, der rei uindicatio eine auf die Ver-

[1]) Paullus Fr. 20 pr. de pignoratic. act. (13. 7).

[2]) Ulpian Fr. 45 d. R. I. (50. 17).

[3]) Ungerechtigkeit des Spruchs allein genügt nicht, denselben anzufechten. Ulpian Fr. 27 § 2 de recept. (4. 8). Imp. Antoninus c. 1 eod. (2. 54). Allein es ist einleuchtend, daß auch jedes andere Anfechten des Ausspruchs des Arbiter mit der Behauptung verbunden sein muß, derselbe sei materiell unrichtig.

38. pfändung unter einer lex commissoria gestützte, wirksame exceptio doli entgegenstellen. Die letzte würde dann ebenso wie die exceptio rei uenditae et traditae dinglichen Charakter tragen und somit auch jedem Singularsuccessor des Besiegten entgegenstehen.

§ 39.

Von dieser Auffassung haben sich wenige Spuren erhalten. Sie wird allerdings unterstützt durch das, was oben über die Abstammung und die ursprüngliche Bedeutung des Worts sequester gesagt worden ist. Namentlich führt uns die in § 5 (S. 9 ff.) abgedruckte Stelle aus Plautus den Fall der Deposition des Streitgegenstands beim Sequester deutlich vor Augen und läßt erkennen, wie im älteren Römischen Verkehr häufig von diesem Mittel, um einen über bewegliche Sachen entstandenen Streit zu beseitigen, Gebrauch gemacht wurde. Für die juristische Auffassung des Verhältnisses zwischen den Parteien läßt sich aber aus Plautus nichts entnehmen. Etwas ergiebiger sind in dieser Beziehung die schon mehrfach allegirten Stellen von Festus, Servius, Lactantius Placidus und Isidor.[1]) Ueberall heißt hier der Sequester ein medius = μέσος, d. i. Schiedsmann zwischen zwei streitenden Theilen, und Festus schildert das Verhältniß noch näher, indem er sagt: Der Sequester ist ein Schiedsmann, welcher ein Depositum so bewahrt, daß er es demjenigen, welcher sein Recht darauf nachgewiesen haben wird, ausantwortet. Was Festus depositum nennt, wird von Isidor und Lactantius Placidus geradezu mit pignus bezeichnet, und dabei sei bemerkt, daß bei Isidor sich folgende Stelle findet[2]):

> Depositum est pignus commendatum ad tempus, quasi diu positum,

welche sicher in der Schrift des Juristen, der sie ursprünglich angehörte, sich auf die depositio apud sequestrem bezog.[3]) Daß in unseren Stellen von einem wirklichen Rechtsstreit die Rede, und

---

[1]) Sämmtlich abgedruckt oben § 7 S. 13 f.

[2]) Etymolog. V. 25, 19.

[3]) Vgl. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 201 Not. 40.

nicht bloß von einer Wette durch pignus, wie Rudorff[1]) rück- 39.
sichtlich der Stellen von Servius und Isidor annimmt, kann
kaum bezweifelt werden, weder bei Festus, wo es heißt:

— inter aliquos qui certant medius,

und damit im Zusammenhang:

— depositum ita tenet aliquid, ut ei reddat, qui id deberi iure sibi constiterit;

noch bei Servius:

sequester — medius inter duos altercantes;

noch bei Isidor:

sequester — qui certantibus medius interuenit;

noch bei Lactantius Placidus, welcher ausdrücklich erwähnt:

sequester est — — apud quem cuiuscunque certaminis futuri pignora deponuntur.

Diese Worte sind sehr bemerkenswert, denn sie zeigen, daß man den sequestrirten Gegenstand als Pfand für den Fall eines künftigen Streits betrachtete. Und dieß ist er auch in der That. Wenn die Parteien das Compromissum abschließen, sind sie einig, sie übertragen die Entscheidung des bisherigen Streits einem Dritten. Aber für den Fall, daß zukünftig, nach ausgesprochener sententia, wieder Streit unter ihnen entstehen sollte, wird dem jetzigen Vertrag Realsicherheit gegeben und der Streitgegenstand als Pfand eingesetzt.

Auch die oben § 16 sub 3 (S. 32) abgedruckten Glossen aus dem Glossar der Amplonianischen Bibliothek zu Erfurt bestätigen meine Ansicht. Ebenso mehrere Stellen bei Tertullian, welche, wenn auch der dem Schriftsteller vorschwebende juristische Gedanke nicht streng, präcis und klar durchgeführt ist, doch beweisen, daß man noch zu seiner Zeit gewohnt war, den Sequester als einen Schiedsrichter oder Vermittler zu betrachten, bei welchem Pfänder für den dereinstigen Ausgang des Streits deponirt waren.[2])

[1]) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 196.

[2]) Die Stellen des Tertullian sind um so wichtiger, als derselbe, wie an vielen Orten seiner Schriften (z. B. Apologet cc. IIII, V, VI; De Pallio c. 5; De anima 1 c. 6) sich deutlich zeigt, wirklich juristische Kenntnisse hatte, was überdem noch durch Eusebius (lib. II Hist. eccles. c. 2) besonders beglau-

39. De resurrectione carnis cap. 51:

— Iesus —. Hic sequester dei atque hominum appellatus ex utriusque partis deposito commisso sibi carnis quoque depositum seruat in semetipso, arrabonem summae totius. Quemadmodum enim nobis arrabonem spiritus reliquit, ita et a nobis arrabonem carnis accepit, et uexit in caelum pignus totius summae illuc quandoque redigendae. Securae estote caro et sanguis, usurpastis et caelum et regnum dei in Christo.

Ibid. cap. 63:

Resurget igitur caro, et quidem omnis, et quidem ipsa, et quidem integra. In deposito est ubicunque apud deum per fidelissimum sequestrem dei et hominum Iesum Christum, quia et homini deum et hominem deo reddet, carni spiritum et spiritui carnem.

Aduersus Praxean c. 27 i. f.:

Disce igitur cum Nicodemo: Quia quod in carne natum est, caro est, et quod de spiritu, spiritus est. Neque caro spiritus fit, neque spiritus caro. In uno plane esse possunt. Ex his Iesus constitit, ex carne homo, ex spiritu deus, quem tunc angelus ex ea parte, qua spiritus erat, dei filium pronunciauit, seruans carni filium hominis dici. Sic et apostolus etiam dei et hominum appellans sequestrem utriusque substantiae confirmauit. Nouissime qui filium dei carnem interpretaris,

---

digt wird. Unbegreiflich aber ist es mir, wie man annehmen konnte, unser Kirchenvater TERTULLIAN sei identisch mit dem gleichnamigen Pandektenjuristen. Man braucht nur Stellen, wie die oben im Text abgedruckten, mit ihrer überall hinkenden Anwendung juristischer Vorstellungen auf religiöse Dinge und ihrem gesuchten, oft schwülstigen Stil, zu vergleichen mit der klaren, ruhigen, fast nüchternen Darstellung in den uns gebliebenen Fragmenten des Pandektenjuristen (z. B. in Fr. 33 de testam. milit. [29. 1]. Fr. 28 D. A. V. A. P. [41. 2]. Fr. 4 de castrensi pecul. [49. 17]), um zu erkennen, daß unmöglich Beide von ein und demselben Menschen herrühren können. Dieß hat schon HUGO GROTIUS ad Epist. Paul. ad Titum us. 13 erkannt, welcher wegen seiner genauen Kenntniß der theologischen wie juristischen Literatur für den competentesten Beurtheiler der Frage gelten kann. Sonst ist über dieselbe viel in den Tag hinein geschrieben worden. Siehe z. B. nur die ältere Literatur bei OTTO Praefat. ad Tom. I. Thesaur. iur. Rom. p. 20.

exhibe qui sit filius hominis. Aut numquid spiritus erit? 39. Sed spiritum patrem ipsum uis haberi, quia deus spiritus, quasi non et dei spiritus, sicut et sermo deus et dei sermo.[1])

§ 40.

In den Rechtsquellen finde ich nur wenige Andeutungen, welche meine Ausführung unterstützen können. Die einzige bedeutendere Stelle in dieser Beziehung ist das schon oben (§ 31) abgedruckte Fr. 11 § 2 de receptis (4. 8) von Ulpian. Dieser Schriftsteller erkennt an, daß ein Compromissum zu seiner vollen Wirksamkeit nicht immer der gegenseitigen Pönalstipulationen bedürfe, sondern daß es genüge, wenn die Sachen bei dem Schiedsrichter deponirt worden seien unter dem Uebereinkommen, daß dieser sie dem Sieger ausantworte, oder vielmehr, daß er sie demselben ausantworte, wenn der Unterliegende dem Urteilsspruch nicht gehorche. Hierbei ist von den streitigen Gegenständen die Rede, wie daraus hervorgeht, daß bestimmt ist, sie sollten dem Sieger überliefert werden. Wollte man annehmen, Ulpian meine andere Gegenstände, die als eventuelle Strafe deponirt seien, so wäre es widersinnig, daß der Sieger diese Strafe erhalten soll, auch ohne daß der Gegner sich geweigert hat, der sententia gehorsam zu sein. Ulpian corrigirt sich freilich, indem er beifügt: „uel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae", wodurch offenbar der Vertrag der Parteien unter sich und mit dem Schiedsrichter genauer charakterisirt werden soll. Man könnte daher sagen, der Jurist habe doch eine poena im Sinn, die Widersinnigkeit der Worte „ut ei daret, qui uicerit" sei durch die folgende nähere Bestimmung: „uel ut eam rem daret *etc.*" gehoben. Allein die Worte „ut ei daret, qui uicerit" zeigen deutlich, daß dem Ulpian der Fall vor Augen schwebte, wo der Sieger jedenfalls die fraglichen Sachen erhielt, und dieß kann kein anderer sein, als der, wo die Streitgegenstände deponirt sind. Die folgende nähere Bestimmung

[1]) Die Vorstellung, daß Christus Sequester zwischen Gott und den Menschen sei, bezieht sich überall auf Paulus Epistul. ad Timotheum I c. 2 u. 5: *Εἷς γὰρ θεός, εἷς καὶ μεσίτης θεοῦ καὶ ἀνθρώπων, ἄνθρωπος Χριστὸς Ἰησοῦς.*

40. enthält nur eine juristisch genauere Fassung des Vertrags, und diese stimmt ganz mit den von uns oben aufgestellten Sätzen überein. Von der Pfandeigenschaft des deponirten Gegenstands spricht Ulpian nicht. Allein dieß ist erklärlich, da er bloß im Allgemeinen die Fälle aufzählt, in welchen der Arbiter gezwungen werden kann, die sententia zu ertheilen, so daß er also hier zunächst bloß das Verhältniß der Parteien zu dem Schiedsrichter behandelt, das Pfand aber für den Vertrag unter den Parteien, nicht für den Vertrag der Parteien mit dem Arbiter gegeben war. Für den Letzteren bedurfte es ja keines Pfandes, da derjenige, welcher das Amt eines Schiedsrichters übernommen hatte, vom Prätor, sobald nur der Vertrag zwischen den Parteien durch Pönalstipulationen oder durch Pfandgebung gehörig gesichert war, extra ordinem zur Erfüllung seiner Verpflichtung gezwungen wurde.[1]) Das Verhältniß zwischen den beiden Parteien aber und die doppelte Pfandgebung bedurfte keiner weiteren Ausführung, da es an sich einleuchtend ist, daß die für das nudum pactum bestellte Realsicherheit keine andere sein kann, als eine Verpfändung. Stellt sich ja doch die Deposition des Streitobjects beim Sequester dar als ein Sicherungsmittel für das Compromissum (mag dieses stipulatione oder nudo pacto abgeschlossen sein). Mithin fällt sie unter den Begriff der Caution und natürlich der Realcaution. Eine solche aber kann immer nur durch Bürgen- oder Pfandbestellung geleistet werden.

Fr. 4 § 8 de fid. lib. (40. 5):

ULPIANUS (libro LX° ad Edictum)

— cauendum est idonee. Quid est idonee? Satisdato utique, aut pignoribus datis;

und so will es jedenfalls auch Paullus verstanden wissen, wenn er sagt

---

[1]) ULPIAN Fr. 3 § 1. Fr. 13 § 2. Fr. 15 de receptis (4. 8). PAULLUS Fr. 32 § 12 eod. Vgl. NOODT Comm. ad Tit. D IIII. 8 (Opp. Ed. 1732. Tom. II p. 111). Gegen die abweichende Ansicht von A. CONTIUS (Disputationes iur. ciuil. I. 4), die unter Anderen auch Mühlenbruch (Pandekten § 433 Not. 4) angenommen hat, vgl. Schilling, Institutionen § 431 Not. 2.

Fr. 188 § 1 de V. S. (50. 16): **40.**

Cautum intellegitur, siue personis siue rebus cautum sit.

Wenn dagegen Ulpian in

Fr. 7 de praetor. stip. (46. 5):

— neque pignoribus quis, neque pecuniae uel auri uel argenti depositione in uicem satisdationis fungitur,

die Pfandbestellung von der Deposition zum Behuf der Caution ausdrücklich zu sondern scheint, so ist anzuerkennen, daß unter „pignoribus" bloß eigentliche, das Verkaufsrecht enthaltende Verpfändungen verstanden werden — zu Ulpian's Zeit war ja schon der Satz herrschend, daß mit dem Pfandvertrag ohne vorhergehenden besonderen Vertrag das Verkaufsrecht notwendig verbunden sei[1] —, während sich der Schriftsteller scheute, neben dem pignus im nunmehr technisch gewordenen Sinn das materielle Recht des Gläubigers, welches nach dem Willen der Contrahenten dadurch entstehen sollte, daß von dem Schuldner eine Sache bei einem Dritten deponirt wurde, geradezu als Pfandrecht zu charakterisiren, da das Verkaufsrecht jedenfalls fehlte. Allein die Erinnerung an das Pfandrecht ohne Verkaufsrecht war auch zu Ulpian's Zeit noch nicht geschwunden. Das geht daraus hervor, daß noch spätere Juristen, „wenn es ihnen genau darauf ankam, das (Retentions-) Recht seinem Inhalt nach zu charakterisiren," sagten, „eine Sache dürfe zur Sicherung der Gegenforderung pignoris loco (oder geradezu pignoris nomine) behalten werden."[2] Aehnlich erzeugt „die prätorische Einweisung in den Besitz ein Rechtsverhältniß, welchem die Verkaufsbefugniß in manchen Fällen völlig fremd ist und das dennoch (gerade von späteren Juristen) als pignus bezeichnet wird."[3] Ebenso faßte man

---

[1] Ulpian Fr. 4 de pign. act. (13. 7). Vgl. Bachofen, Pfandrecht S. 174 ff. Keller in Richter's und Schneider's Jahrbüchern Jahrg. XI S. 1003.

[2] Dernburg, Compensation S. 14, 15. Ulpian Fr. 13 § 8 de A. E. V. (19. 1). Fr. 31 § 8 de aedil. ed. (21. 1). Paullus Fr. 15 § 2 de furtis (47. 2). Marcian. Fr. 5 de dote praelegata (33. 4). Scaevola Fr. 22 de hereditate uel actione uendita (18. 4).

[3] Bachofen a. a. O. S. 281 ff.

40. gewiß auch noch in späterer Zeit das materielle Recht des Gläubigers bei der Cautionsbestellung durch Deposition — wenn man es überhaupt zu analysiren bemüht war — als eine Art von Pfandrecht auf, was gerade daraus hervorgeht, daß Ulpian, indem er die Arten der Realcaution im Allgemeinen aufzählt, bloß satisdatio und pignoris datio (worunter dann natürlich auch das Depositum zum Behuf der Caution fällt) nennt, während er bei einer specielleren Auseinandersetzung wieder die eigentliche cautio pignoribus von der cautio depositione trennt. Immerhin konnte man sich dann die depositio pignoris loco mit einer lex commissoria verbunden denken und es ist so kein Grund anzunehmen, daß man bezüglich der Deposition des Streitgegenstands beim Sequester in der späteren klassischen Zeit wesentlich von der früheren Auffassung abgewichen sei. Freilich mochte unsere Anwendung der Sequestration zu Ulpian's Zeiten schon sehr selten geworden sein, da ja immer die alten naturgemäßen, einfachen und ursprünglichen Institute zu weichen beginnen, wenn die Jurisprudenz zu höherer Blüte sich entfaltet. Sollten aber auch die Römischen Juristen eine ausführlichere Betrachtung und eingehendere Behandlung des Instituts für nötig gehalten haben, so ist es doch leicht erklärlich, weshalb davon nichts in die Justinianischen Pandekten übergegangen ist. Die Anwendung der lex commissoria beim Pfandrecht — welche ja eine Hauptrolle bei unserer Analyse des Instituts spielt — war durch Constantin verboten worden. Schon deshalb würden etwaige Stellen juristischer Schriftsteller, welche das Verhältniß näher beleuchteten, von den Compilatoren nicht leicht aufgenommen worden sein, und dieß mit vollem Recht, da auch kein Bedürfniß vorhanden war, jenes Instituts noch weitläufig zu gedenken. Justinian hatte die Bedeutung des Compromissum wesentlich verändert, indem von ihm einem von den Parteien unterschriftlich anerkannten oder innerhalb zehn Tagen nach erhaltener Kenntniß davon nicht angefochtenen Spruch des Arbiter die Kraft von res iudicata mittelst actio in factum und exceptio ertheilt war.[1]) Nunmehr bedurfte es

[1]) C. 5 de receptis (2. 56) a. 530. Vgl. auch die Bestimmungen in C. 4 eod. a. 529 und Nou. 82 c. 11 a. 539.

weder der Pönalstipulationen, noch der Pfandgebung, um der 40. sententia des Arbiter dauernden Erfolg zu sichern. Auch mag die italische Sitte des pignus ponere — ebenso wie die Stipulation — keinen rechten Eingang auf griechischem Boden gefunden haben und damit die verwandte Sequestration des Streitgegenstands beim Arbiter aus dem Leben geschwunden sein, so daß es unnütz erschienen wäre, in die Gesetzbücher eine Abhandlung über ein antiquirtes Institut aufzunehmen.

§ 41.

Noch eine Pandektenstelle ist es, welche sich, wie ich meine, nach den obigen Ausführungen leicht erklären lassen wird.

Fr. 33 depositi (16. 3):

LABEO (libro VI° Posteriorum a IAVOLENO epitomatorum)

Seruus tuus pecuniam cum Attio[1]) in sequestre deposuit apud Meuium, ea conditione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses: si minus, ut Attio[2]) redderetur. Posse, dixi, cum eo, apud quem deposita[3]) esset, incerti agere[4]), id est ad exhibendum[5]), et exhibitam[6]) uindicare[7]): quia seruus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset.[8])

Ein Sclave kann für den Herrn deponiren und der Herr hat dann die depositi actio.[9]) In der Deposition allein liegt also die Minderung des Rechts des Herrn noch nicht. Ebensowenig liegt eine solche an und für sich darin, daß der Sclave über einen streitigen Gegenstand des dominus ein Compromissum eingeht, denn

[1]) *Haloand.* cum Titio *Mss. Bamberg. D II 1, D I 13* cum titio. *Ms. Bamb. D I 6* cum ticio.

[2]) *Haloand.* ut Titio *Mss. ll. D II 1* und *D I 13* ut titio. *Ms. l. D I 6* ut ticio.

[3]) *Ms. Bamb. D I 13* posita.

[4]) *Haloand.* agi.

[5]) *Haloand.* idem et ad exhibendum *Ms. Bamb. D I 13* idem ad exhibendum.

[6]) *Ms. Bamb. D II 1* et eam exhibitam.

[7]) *Haloand.* uindicari.

[8]) *Ms. Bamb. D II 1* non potuit.

[9]) ULPIAN Fr. 1 § 27 depositi (16. 3).

41. dadurch wird der Gegenstand nicht mehr zu einem streitigen, als er es schon ist. Wenn freilich der Sclave nicht bloß compromittirt, sondern auch eine poena stipulirt, dann ist das Recht des Herrn geschmälert, denn derselbe läuft nun nicht bloß Gefahr, daß ihm die Sache abgesprochen werde, sondern daß er noch obendrein die Strafe verliere. Deshalb ist auch ein solches Compromissum nicht wirksam.[1]) Hat aber der Sclave die streitige Sache bloß beim Arbiter deponirt, so kann hierin äußerlich betrachtet auch keine Verringerung des Rechts des Herrn erblickt werden: der Herr läuft immer nur Gefahr, daß ihm die Sache abgesprochen werde, eine Gefahr, die eben schon darin liegt, daß die Sache streitig geworden. Betrachten wir aber die Deposition der streitigen Sache als Pfandgebung, dann ist es einleuchtend, wo die Schmälerung des Rechts zu suchen ist. Die Verpfändung wird überall als eine Veräußerung angesehen, enthält also wirklich eine Minderung des Rechts des Herrn, wozu der Sclave keine Befugniß hat. Das vom Sclaven mit Attius abgeschlossene Compromissum ist daher unwirksam: Mevius ist, wenn der Herr des Sclaven dessen Handlung nicht ratihabirt, weder Arbiter, noch Sequester, es kann also gegen ihn mit der actio sequestraria nicht geklagt werden. Ebensowenig aber mit der actio depositi überhaupt, da der von Attius und dem Sclaven auf der einen Seite mit Mevius auf der anderen Seite abgeschlossene Vertrag kein einfaches Depositum war. Es bleibt daher dem Herrn nichts übrig, als mit der actio ad exhibendum auf die Darstellung der deponirten Geldstücke zu bringen, welche letztere dann vindicirt werden können, oder aber, wenn die Darstellung unmöglich sein sollte, die Verurteilung des Mevius in das Interesse wegen verschuldeter Vorenthaltung des Gelds zu bewirken.

§ 42.

Ich will hier die Interpretation einer Stelle folgen lassen, welche zwar meine obige Ausführung nicht gerade unterstützt, doch

[1]) Paullus Fr. 32 § 8 de receptis (4. 8).

aber den gegenwärtig zu behandelnden Fall der Sequestration vor- 42.
auszusetzen scheint.

Fr. 7 pr. depositi (16. 3):

ULPIANUS (libro XXX° ad Edictum)

Si hominem apud se[1]) depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea uinctum, uel ad malam mansionem extensum, sequester soluerit misericordia ductus, dolo proximum esse, quod factum est, arbitror: quia cum sciret cui rei pararetur, intempestiue misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam[2]), quam decipere.[3])

Zuerst drängt sich uns die Frage auf: Wie war der Rechtsfall gestaltet, den Ulpian vor Augen hatte? Ein Sclave ist bei einem Sequester deponirt, ut quaestio de eo haberetur. Ist nun die Rede von einem wirklichen öffentlichen Kriminalprozeß gegen den Sclaven? Gewiß nicht, denn dann würde man ihn nicht bei einer Privatperson deponirt haben, und am allerwenigsten wäre zu begreifen, warum da der Depositar Sequester hieße.

Es war Sitte bei den Römern, ihre Sclaven, welche als Urheber, oder Mitschuldige, oder Mitwisser eines Verbrechens oder Delicts verdächtig waren, unter Anwendung von Marterwerkzeugen peinlich zu befragen, oft nur, um ein Zeugniß gegen Andere zu erhalten, mit oder ohne Beistand der öffentlichen Gewalt.[4])

---

[1]) *Ms. Bamb. D II 1* apud te.

[2]) *Mss. Bamb. D II 1, D I 13* cum possit magis non suscipere talem causam quam decipere; *Dig. uet. Lugduni apud A. Vincentium 1541* cum posset non suscipere talem causam magis. Daß die Vulgathss. überhaupt „magis" inseriren, bemerkt BRENKMAN (Göttinger Ausgabe des Corp. iur. Not. 8 ad h. l.).

[3]) Die Basilik. XIII. 2, 7 pr. (HEIMB. Tom. II p. 42) geben die Stelle wieder: *Ἐὰν ὁ μεσεγγυητὴς δοῦλον λαβὼν δεδεμένον ἢ φυλαττόμενον, ἐπὶ τῷ ζήτησιν ἐμβάσανον ὑποστῆναι, λύσῃ οἰκτείρας, ἔοικε δόλῳ τὸ γεγονός.*

[4]) CICERO Orat. pro Rosc. Amerin. c. 18 i. f., c. 41; pro A. Cluentio cc. 63, 64, 65, 66; pro Milone c. 22; pro Deiotaro c. 1; Partitt. orator. c. 35. QUINTILIAN. Declamat. 328. 338. 353. GAIUS I. 13. ULPIAN. Fragm. I. 11. IDEM Fr. 23 § 4 ad L. Aquil. (9. 2) und Fr. 15 § 41 de iniur. (47. 10). PAPINIAN. in Moss. et Romm. LL. collat. t. IIII c. 11. PAULLUS Sent. rec. V. 16, 1 3. Tit. D. de quaestionib. (48. 18), besonders Fr. 1 § 1 eod. Vgl. HEINECCIUS Antiquitatum Rom. iurisprudent. illustrant.

42. Ja sogar in Civilsachen kamen dergleichen Quästionen vor[1]) und der iudex konnte darauf interloquiren.[2]) Der Herr brauchte die Untersuchung nicht gerade in eigener Person vorzunehmen: er konnte Andere damit beauftragen oder Anderen die Erlaubniß dazu geben.[3]) Er war sogar gehalten, in den Angelegenheiten Anderer Quästionen mit seinen Sclaven vornehmen zu lassen, wenn die Letzteren bereit waren, Vorstand für den möglicherweise erwachsenden Schaden zu leisten.[4]) Nun ist in unserer Stelle jedenfalls eine von Privatpersonen angeordnete Quästion gemeint. Dieselbe wird nicht von dem Herrn selbst, sondern von einem Sequester vorgenommen. Sequester ist aber nur der, bei welchem Mehrere eine Sache deponiren, so daß dieselbe dem Einen oder dem Anderen (je nachdem ein gewisses Ereigniß eintritt oder nicht) zurückgegeben werden soll. Am einfachsten ist es, dabei an die Deposition einer streitig gewordenen Sache zu denken. Nehmen wir also an, der Sclave ist zwischen A und B streitig und wird bei C deponirt mit der Weisung, daß er dem A oder B restituirt werden solle, je nachdem der Eine oder der Andere sein Eigenthum daran nachgewiesen haben würde. Wir hätten da einen Sequester als Arbiter, wie wir ihn bereits kennen gelernt haben. Allein hier ist ja der Sclave deponirt, „ut quaestio de eo haberetur", nicht damit über das Eigenthum an demselben eine Entscheidung gefällt werde. Doch läßt sich wohl eine Vereinigung finden. Möglich, daß der Sclave im Besitz des A ist und daß dieser gegen denselben eine Quästion verhängt. B erhält davon Nachricht, behauptet, daß der Sclave ihm gehöre und daß ohne seine Einwilligung die Quästion nicht statthaben dürfe. So entsteht ein Streit über das Eigenthum am Sclaven. Aber die Vornahme der Quästion ist dringend und so compromittiren denn die Par-

---

syntagma (Ed. Haubold. Francof. 1822) IIII. 25 Not. o und vor Allen Car. Sigonius de iudiciis II c. 14.

[1]) Plautus Mostellaria V. 1, 38 sq. u. 44. Ulpian Fr. 23 § 4 ad L. Aquil. (9. 2).

[2]) Scaevola Fr. 2 de appellat. rec. (49. 5).

[3]) Ulpian. Fr. 15 § 34 de iniur. (47. 10); § 42 ibid. Pomponius Fr. 15 de condictione causa dat. (12. 4).

[4]) Ulpian. Arg. Fr. 1 § 18 de quaestionib. (48. 18). Paullus l. l.

teien dahin, die Entscheidung des Eigenthumsstreits einem Arbiter 42. zu überlassen, bei demselben den Sclaven zu deponiren und ihm zunächst die Vornahme der Quästion zu übertragen. Dieser Auftrag unterliegt nach dem Obigen keinem Bedenken. Es ist, da beide streitende Theile auf das Eigenthum Anspruch machen und Beide den Auftrag zur Quästion gegeben haben, jedenfalls die Einwilligung Dessen vorhanden, der im gegenwärtigen Prozeß als dominus anerkannt werden wird.

Doch ein Zweifel könnte uns hier aufsteigen. Man hat behauptet [1]), die ganze Kriminaljurisdiction des Herrn gegen den Sclaven habe sich bloß auf diejenigen Verbrechen bezogen, „welche gegen die eigenen Herrn, nicht aber auf diejenigen, welche gegen fremde Herrn oder gegen den Staat selbst begangen worden waren." Wäre dieß auf alle Quästionen gegen Sclaven zu beziehen, so würde meine obige Annahme unrichtig sein, denn dann könnte, wenn das Vergehen gegen A gerichtet war und B sein Eigenthum an den Sclaven nachwiese, eine Quästion nur von der öffentlichen Behörde gegen Letzteren vorgenommen werden. Allein die für jene Behauptung citirten Stellen sind durchaus nicht beweisend. Fr. 12 §§ 3. 4 de accusationibus (48. 2) zeigt nur, daß gegen Sclaven ein wirklicher öffentlicher Kriminalprozeß möglich war: von einer „ausdrücklichen" Aufhebung der Strafgewalt des Herrn in gewissen Fällen ist ebensowenig etwas zu finden, wie in C. 4 C. I. ad L. Iuliam de ui (9. 12), C. 2 C. I. de accusationib. et inscriptionib. (9. 2), C. 13 eod., C. 14 C. Th. de accusationib. (9. 1). Höchstens ließe es sich vertheidigen, wenn man behauptet, daß bei Verbrechen gegen den Staat die Strafgewalt des Herrn ausgeschlossen gewesen sei. Bei allen anderen gegen Privatpersonen gerichteten Vergehen aber stand es dem Verletzten, gerade so gut wie er auf alle Strafe verzichten und die Anklage unterlassen konnte, frei, sich anstatt an den öffentlichen Richter an den Herrn des Sclaven zu wenden und sich mit der Bestrafung durch diesen zu begnügen. Uebrigens reden die sämmtlichen oben angeführten Stellen nur von wirklichen

---

[1]) Geib, Geschichte des Röm. Kriminalprozesses. Leipz. 1842. S. 84 u. 232.

42\. Kriminalprozessen gegen Sclaven, der Begriff der Quästionen aber ist viel weiter, und angenommen, daß jene gegnerische Behauptung, die Herrn hätten eine Strafe wider die Sclaven nur wegen der gegen sie selbst gerichteten Vergehen aussprechen können, richtig wäre, würde das noch nicht ausschließen, daß von den Herrn auch wegen anderer Vergehen eine Quästion gegen die Sclaven verhängt werden konnte. Wie dieß wirklich geschah, ergiebt sich aus dem 63. Kapitel der Rede Cicero's pro Cluentio. Sassia kauft vom A. Rupilius, dem ehemaligen Arzt des Oppianicus, den Sclaven Strato, um gegen denselben eine Quästion über den Tod des Oppianicus zu veranstalten. Dieser Sclave wird also einer Privatquästion unterworfen wegen der Mitschuld oder Mitwissenschaft an einem Verbrechen, das gegen einen Anderen als seinen Herrn gerichtet war. Weitere Beispiele von solchen Quästionen werden sich nicht schwer auffinden lassen. Selbst das Fr. 15 de condictione causa data (12. 4) von Pomponius[1]) scheint nur eine solche priuata quaestio vor Augen zu haben. Auch die Worte des prätorischen Edicts in Fr. 15 §§ 34 und 43 de iniur. (47. 10) sind so allgemein, daß recht gut daraus geschlossen werden kann, iussu domini hätten von Privatpersonen Quästionen aller Art, also nicht bloß wegen der wider den dominus gerichteten Vergehen vorgenommen werden können.

Wir wollen demnach das Bedenken als beseitigt ansehen und bei der obigen species facti stehen bleiben. Daß in unserem Fall dem Sequester die Vornahme der Quästion übertragen war, unterliegt keinem Zweifel. Das beweisen die Worte: „hominem apud

---

[1]) Quum seruus tuus in suspicionem furti Attio uenisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi; is eum tradidit Praefecto uigilium quasi in facinore deprehensum; Praefectus uigilium eum summo supplicio affecit; ages cum Attio, dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit, quominus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem; quo casu ad exhibendum agere te non posse, sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret, se inuito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibiturum esse.

se depositum, ut quaestio de eo haberetur", sowie der Umstand, 42. daß der Sclave bereits zur mala mansio gebracht war, die als ein Grad der Tortur zur Quästion selbst mitgehörte.[1]) Wenn nun der Sequester den ihm zur Quästion überlieferten Sclaven aus Mitleiden freiläßt, so verletzt er seine Pflicht. Sein Motiv war an sich nicht verwerflich, er handelte nicht so, weil er etwa beabsichtigt hätte, den streitenden Theilen einen Schaden zuzufügen; aber er wußte, wozu der Sclave bei ihm deponirt war (cui rei pararetur), er wußte, daß von demselben Auskunft erwartet wurde vielleicht über sehr wichtige Dinge; den Geldwert des Sclaven konnte er ersetzen, der Verlust aber, welcher dadurch erwuchs, daß die Quästion vereitelt wurde, war vielleicht gar nicht in Geld anzuschlagen. Das Alles mußte der Sequester, als er seinem unzeitigen Mitleiden folgte, bedenken und pflichtgemäß überlegen. Deshalb ist es gewiß nicht zu viel, wenn Ulpian sagt, es liege von Seiten desselben gewissermaßen dolus vor: „quum posset non suscipere talem causam [*potius*], quam decipere."[2]) Diese letzten Worte sollen die Handlung des Sequester in Parallele stellen mit

---

[1]) Labeo Fr. 15 § 41 de iniuriis (47. 10): Quaestionis uerbo etiam ea, quae malam mansionem dicunt, continebitur. Die Basilik. LX. 21, 14 (Heimbach t. V p. 630) übersetzen: *Κουεστίων δέ ἐστι καὶ τὸ ἐμβαλεῖν τοὺς πόδας ξύλῳ*. Trotz dieser klaren Beschreibung der mala mansio ist viel über jenen Ausdruck gefaselt worden. Scipio Gentilis Parergor. ad Pand. I. 39 (in Ottonis Thes. t. IIII col. 1313) will darunter die bei Plautus Aulularia II. 5, 21 erwähnte poena putei verstehen. Guil. Fornerius Selectionum lib. II c. 1 (in Ottonis Thes. t. II col. 45) hält die mala mansio für ein strenges Untersuchungsgefängniß mit Fesseln. Besser wollen Andere die mala mansio schon auf einen wirklichen Grad der Tortur beziehen. Vgl. Cuiac. Obseruatt. IX. 37. Dionys. Gothofredus ad Fr. 7 pr. depositi (16. 3). Heineccius, Zusatz zu Brisson. de V. S. s. u. malus § 2. Dirksen Manuale s. u. mansio § 2.

[2]) Trotz der abhelfenden Lesarten der Vulgathss. (s. ob. S. 91 Not. 2) habe ich es nicht für nötig gefunden, den Text der Florentina zu ändern, da es bei Ulpian nichts Seltenes ist, daß in ähnlichen Constructionen potius oder magis fehlt. S. den Nachweis bei Antonius Augustinus Emendationum l. IIII c. 8 (Ottonis Thesaur. t. IIII col. 1537) Vgl. auch Schulting-Smallenburg Not. ad Pand. zu Fr. 7 pr. depositi (16. 3) Not. 1 und namentlich zu Fr. 2 § 1 d. R. C. (12. 1) Not. 8.

42. einem Fall des evidenten Dolus: mit der absichtlichen Uebervorteilung der Parteien. Wenn sich auch der Sequester bei Freilassung des Sclaven gedacht hatte, er wolle die Verpflichtung übernehmen, für allen Schaden und Nachtheil einzustehen, der aus seiner eigenmächtigen Handlungsweise erwachsen möchte, so konnte er doch, da der Nachtheil möglicherweise ein unschätzbarer war, indem nun die Erforschung der Wahrheit unmöglich oder bedeutend erschwert blieb, jene Verantwortlichkeit ebensowenig übernehmen (quum posset non suscipere [*magis*]), als er befugt war, die Depositare des Sclaven auf andere Weise zu hintergehen.[1])

B. Die Sequestration als prozessualisches Cautionsmittel.

a) Sequestration des Streitobjects als cautio iudicio sisti.

§ 43.

Wenn ein plötzlicher Streit über das Eigenthum oder den Besitz an einer res mobilis zwischen Personen entsteht, die sich wenig trauen, ein augenblickliches Anhängigmachen der Sache bei dem Richter aber wegen ungelegener Zeit oder ungünstigen Orts nicht thunlich ist, da ist es nötig, daß die Streitenden ein Mittel ausfindig machen, wodurch die Besorgniß, der Gegner werde sich durch die Flucht oder sonst wie der gerichtlichen Verfolgung entziehen, entfernt und ihnen die Möglichkeit, ihr Recht später geltend zu machen, gesichert wird. Ein solches Mittel ist die Bestellung von zuverlässigen Bürgen für das Versprechen, vor Gericht zu erscheinen. Dieß ist aber nur anwendbar, wenn die ihre Anwesenheit vor Gericht zusagende Partei taugliche Bürgen finden kann. Hat sie an dem Ort, wo sie belangt wird, keine Freunde und Bekannten oder ist es zu umständlich, dieselben erst aufzusuchen, so bleibt es das Einfachste, den streitigen Gegenstand bei einem Vertrauensmann zu deponiren, der denselben bis zur gerichtlichen Anhängigmachung der Sache bewahren soll. Einen solchen Fall erzählt in ergötzlicher Weise

[1]) Vgl. übrigens von Weitem Fr. 7 § 7 de dolo (4. 3).

PETRONIUS ARBITER Satyric. cc. 12 sqq.[1]: 43.

Cap. 12. Veniebamus in forum deficiente iam die, in quo notauimus frequentiam rerum uenalium, non quidem preciosarum, sed tamen, quarum fidem male ambulantem obscuritas temporis facillime tegeret. Quum ergo et ipsi raptum latrocinio pallium detulissemus, uti occasione opportunissima coepimus atque in quodam angulo laciniam extremam concutere, si quem forte emptorem splendida uestis posset adducere. Nec diu moratus rusticus quidam, familiaris oculis meis cum muliercula comite propius adcessit, ac diligentius considerare pallium coepit; inuicem Ascyltos iniecit contemplationem super humeros rustici emptoris, ac subito exanimatus conticuit. Ac ne ipse quidem sine aliquo motu hominem conspexi: nam uidebatur ille mihi esse, qui tuniculam in solititudine inuenerat. Plane is ipse erat. Sed cum Ascyltos timeret fidem oculorum, ne quid temere faceret, prius tamquam emptor propius adcessit, detraxitque humeris laciniam et diligentius tenuit.

Cap. 13. O lusum fortunae mirabilem! Nam adhuc nec suturae quidem attulerat rusticus curiosas manus, sed tamquam mendici spolium etiam fastidiose uenditabat. Ascyltos, postquam depositum esse inuiolatum uidit, et personam uendentis contemptam, seduxit me paullulum a turba et: „Scis, inquit, frater, rediisse ad nos thesaurum de quo querebar? Illa est tunicula adhuc, ut adparet, intactis aureis plena. Quid igitur facimus; aut quo iure rem nostram uindicamus?“ Exhilaratus ego, non tantum quia praedam uidebam, sed etiam quod fortuna me a turpissima suspicione dimiserat, negaui circuitu agendum, sed plane iure ciuili dimicandum, ut, si nollet alienam rem domino reddere, ad interdictum ueniret.

Cap. 14. Quid faciant leges, ubi sola pecunia regnat,
Aut ubi paupertas uincere nulla potest?
Ipsi, qui Cynica traducunt tempora coena,
Nonnumquam nummis uendere uerba solent.

---

[1]) Nach der zweiten Ausgabe des PETR. BURMANNUS. Amstelod. 1743.

43. Ergo iudicium nihil est, nisi publica merces,
Atque Eques, in caussa qui sedet, empta probat.

Contra Ascyltos leges timebat: „Et quis, aiebat, hoc loco nos nouit? aut quis habebit dicentibus fidem? Mihi plane placet emere, quamuis nostrum sit, quod agnoscimus, et paruo aere recuperare potius thesaurum, quam in ambiguam litem descendere." Sed praeter unum dupondium, quo cicer lupinosque destinaueramus mercari, nihil ad manum erat. Itaque ne interim praeda discederet, uel minoris pallium addicere placuit, ut pretium maioris compendii leuiorem faceret iacturam. Quum primum ergo explicuimus mercem, mulier operto capite, quae cum rustico steterat, inspectis diligentius signis, iniecit utramque laciniae manum, magnaque uociferatione, latrones tenere clamauit. Contra nos perturbati, ne uideremur nihil agere, et ipsi scissam et sordidam tenere coepimus tunicam, atque eadem inuidia proclamare, nostra esse spolia, quae illi possiderent. Sed nullo genere par erat causa nostra, et conciones, quae ad clamorem confluxerant, nostram, scilicet de more, ridebant inuidiam; quod pro illa parte uindicabant pretiosissimam uestem, pro hac pannuciam ne centonibus quidem bonis dignam. Hinc Ascyltos paene risum discussit: qui, silentio facto:

Cap. 15. „Videmus, inquit, suam cuique rem esse carissimam; reddant nobis tunicam nostram, et pallium suum recipiant." Etsi rustico, mulierique placebat permutatio, aduocati tamen iam paene nocturni, qui uolebant pallium lucrifacere, flagitabant, uti apud se utraque deponerentur, ac postero die iudex querelam inspiceret. Neque enim res tantum, quae uiderentur, in controuersiam esse, sed longe aliud quaeri, in utra parte scilicet latrocinii suspicio haberetur. Iam sequestri placebant, et nescio quis ex concionibus, caluus, tuberosissimae frontis, qui solebat aliquando et causas agere, inuaserat pallium, exhibiturumque crastino die adfirmabat. Ceterum adparebat nihil aliud quaeri, nisi ut semel deposita uestis inter praedones strangularetur, et nos metu criminis non ueniremus ad constitutum. Idem plane et nos uolebamus. Itaque utrius-

que partis uotum casus adiuuit. Indignatus enim rusticus, 43. quod nos centonem exhibendum postularemus, misit in faciem Ascylti tunicam et liberatos querela iussit pallium deponere, quod solum litem faciebat. Ergo recuperato, ut putabamus, thesauro in deuersorium praecipites abimus, praeclusisque foribus, ridere acumen non minus concionum, quam calumniantium, coepimus, quod nobis ingenti calliditate pecuniam reddidissent.

Nolo, quod cupio, statim tenere.
Nec uictoria mi placet parata.

Die Freunde Ascylt und Encolp kommen gegen Abend, wo es schon dunkelt und die Gerichtszeit vorüber ist[1]), auf das Forum. Da entsteht der Streit über das Pallium und die Tunica und die „aduocati iam paene nocturni“ geben den Rat „ut apud se utraque deponerentur, ac postero die iudex querelam inspiceret.“ Die Sequestration soll also geschehen, bis der Eigenthums- oder Besitzprozeß über die Tunica und das Pallium anhängig gemacht sei. Der Streit über die Tunica wird durch die vorschnelle Zurückgabe derselben durch den Bauer geendet. Zu der Sequestration des Pallium aber werden die Parteien fast wider ihren Willen durch die Umstände gedrängt. Der sich als Sequester Aufdrängende nimmt dasselbe in Beschlag und verspricht es am folgenden Tag (vor dem Magistrat) zu exhibiren. Daß die Freunde sich dadurch, daß sie den Besitz der Tunica wiedererhalten haben, vollkommen befriedigt fühlen und am anderen Tag jedenfalls nicht vor dem Magistrat erscheinen werden, ist eine Sache für sich, die uns hier nicht weiter berührt. Interessant aber bleibt es, die juristische Vorstellung des **Petronius** zu zergliedern. Jedenfalls dachte er zunächst an einen Besitzprozeß. Dieß geht aus den Schlußworten des cap. 13 hervor, wo Ascylt nach Entdeckung der Tunica bei dem Bauer fragt: „Quid igitur faciamus; aut quo iure rem nostram uindicamus?“, worauf Encolp entgegnet: „Plane iure ciuili dimicandum, ut, si nollet alienam rem

[1]) Lex XII tabular.: „Sol occasus suprema tempestas esto.“ Vgl. Gellius Noct. Att. XVII. 2. Festus s. u. supremum (Cod. Farn. p. 114).

43. domino reddere, ad interdictum ueniret.“ Die Absicht Beider ist, das Eigenthum an der Tunica geltend zu machen. Vielleicht aber sind sie über den rechtlichen Erwerb derselben selbst nicht recht im Klaren. Es entsteht also die Frage: Wie hat man eine Vindication einzurichten, um am beßten zum Ziel zu gelangen? Soll man sich auf den Usucapionsbesitz berufen und so die prätorische actio Publiciana anstellen, oder soll man es geradezu auf einen wirklichen Eigenthumsprozeß ankommen lassen? Das Letztere hält Encolp für das Gerathenere: „plane iure ciuili dimicandum.“ Ascylt hatte die Frage jedenfalls mit Rücksicht auf die Beweislast aufgeworfen: die actio Publiciana erschien zuträglicher, wegen des leichteren Beweises. Encolp aber hielt den Eigenthumsprozeß auch in dieser Beziehung für gerathener: man braucht ja nicht selbst die rei uindicatio anzustellen und so den schwierigen Eigenthumsbeweis zu übernehmen, man fordert einfach den Gegner auf, die Sache herauszugeben. Thut er dieß nicht, so verschafft man sich durch das interdictum utrubi den Besitz derselben:

VTRVBI HAEC TVNICA D. Q. A., APVD QVEM MAIORE PARTE HVIVS ANNI FVIT, QVOMINVS IS EAM DVCAT, VIM FIERI VETO.[1])

Dieß konnte nicht schwer fallen, da der Bauer jedenfalls nur seit wenigen Tagen in dem Besitz der Tunica ist und daher den Freunden der Nachweis des Besitzes per maiorem partem huiusce anni leicht fallen wird. Haben sie aber erst den Besitz erlangt, dann muß der Gegner vindiciren und den Beweis seines Eigenthums führen, der ihm wahrscheinlich nicht gelingen wird, so daß die Freunde die Tunica behalten können. Ueberhaupt liegt ihnen ja nur an dem Besitz, damit sie die in der Tunica verborgene Geldsumme herausnehmen können. Diesen Besitz können sie sich aber leicht verschaffen, wenn sie nur den Gegner, sobald der Interdictenprozeß eingeleitet wird, bei der fructus licitatio[2]) überbieten.

---

[1]) Gaius IIII. 160 vgl. mit Fr. un. de utrubi (43. 31).

[2]) Daß diese selbst, oder eine derselben parallel gehende und sie ersetzende Handlung bei dem interdictum utrubi gebräuchlich war, läßt sich, trotzdem daß die Darstellung des Gaius IIII. 166 ff. nur auf das interdictum U. P. gerichtet ist, nicht bezweifeln. Vgl. Keller in der Zeitschrift für geschichtliche Rechts-

Ueberall also stellt sich für sie der Interdictenprozeß als der günstigere dar. Daß dieß die Gedanken des Petronius seien, geht aus seiner Darstellung ziemlich deutlich hervor. Die Worte des Ascylt: „quo iure uindicamus?“ enthalten die Frage: „Auf welchen Rechtsgrund, auf den civilen (Eigenthum), oder den prätorischen (Usucapionsbesitz), gestützt wollen wir klagen?“ Darauf die Antwort des Encolp: „Wir nehmen geradezu ohne Umschweife das civile Recht, das Eigenthum, in Anspruch (negaui circuitu agendum, sed plane iure ciuili dimicandum)[1]), damit, wenn der Gegner sich weigert, die ihm nicht gehörige Sache auf unsere (der Eigenthümer) Aufforderung herauszugeben, er mittelst des Interdicts sich belangen lassen muß.“ Dabei erklären sich die Worte „ad interdictum ueniret“ gar wohl, wenn man sie so auffaßt, als ob es hieße „ut — ad interdictum [a Praetore reddendum] ueniret“: „so daß er (der Gegner) — zu dem Interdictenprozeß vor dem Prätor erscheinen muß.“ 43.

§ 44.

Unsere Stelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht, hauptsächlich weil man das iure ciuili dimicandum oft mit dem ad interdictum ueniret zusammenbrachte und daraus schließen wollte, Petronius verstehe unter dem iure ciuili dimicare auch den prätorischen Interdictenprozeß. Man stützt sich dabei[2]) auf die sowohl kritisch als ihrem Inhalt nach so schwierige Stelle bei

---

wissenschaft. Bd. 11 S. 320. Rudorff ebendas. S. 353 ff. K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer. Leipz. 1853 S. 297.

[1]) Dimicare ist wohl nicht mit Hinblick auf den beabsichtigten Prozeß, sondern auf die zunächst folgenden Privatverhandlungen unter den Parteien gebraucht. Der Satz ist dann so zu verstehen, als ob stünde sed plane *de* iure ciuile dimicandum. Dadurch wird der Zusammenhang zwischen Frage und Antwort recht klar. Ascylt fragt: „Wie wollen wir die Sache vindiciren, mit der rei uindicatio, oder mit der actio Publiciana?“ Darauf Encolp: „Gar nicht vindiciren, sondern das Eigenthum in Anspruch nehmen, damit wir, wenn der Gegner sich weigert, die Sache herauszugeben, das Interdictum anstellen können.“

[2]) Z. B. Cuiacius Obseruatt. V. 17.

44. Cicero Orat. pro Caec. c. 12 § 35:
Quid ad causam possessionis? quid ad restituendum eum, quem oportet restitui? quid denique ad ius ciuile aut ad actoris notionem et animaduersionem ages iniuriarum?[1])

Den Sinn der Worte hat aber schon Savigny[2]) richtig getroffen, wenn er sagt: „Bei aller Schwierigkeit dieser Stelle ist es klar, daß Cicero sagen will: die Injuriensache steht mit der Restitution des Besitzes, also mit dem ius ciuile in keiner Verbindung: er scheint also das Interdict in das ius ciuile zu setzen. Da indessen die Injurie, von welcher hier die Rede ist, seit der lex Cornelia ein crimen publicum war, so ist es offenbar, daß das Civilrecht hier dem Kriminalrecht entgegengesetzt wird; in diesem Sinn gehört unstreitig das ganze Edict in das ius ciuile, aber für die andere Bedeutung von ius ciuile läßt sich daraus nichts beweisen, ja sogar wird kurz vorher von Cicero selbst diese andere Bedeutung gebraucht." Diese Erklärung wird dadurch unterstützt, daß überhaupt ius ciuile oft im Gegensatz zum ius publicum, also auch zum Strafrecht, steht.[3]) In unserer Stelle des Petronius kann aber an diesen Gegensatz nicht gedacht werden, da die Worte des Ascylt: „Quo iure rem nostram uindicamus?" jeden Gedanken an eine etwa beabsichtigte kriminelle Verfolgung des Diebstahls ausschließen. Wenn übrigens Savigny die Benutzung unserer Stelle für den Satz, das interdictum sei in das ius ciuile zu setzen[4]), dadurch unmöglich machen will, daß er behauptet: „Das Natürlichste (sei) wohl, dem Petron überhaupt alle Auctorität abzusprechen, wo es auf einen juristischen Sprachgebrauch ankomme, der durch ältere und neuere Schriftsteller als Petron so fest bestimmt", so behandelt er

[1]) Die verschiedenen Versuche, den Text dieser Stelle zu verbessern, s. bei Keller Semestr. ad M. T. Ciceronem Vol. I p. 464 sqq. Not. 131—134 und ebendaselbst die Keller'sche Emendation: „Quid ad cau. po.? quid ad rest. e. q. o. restitui? Quid denique ad ius ciuile? At ad notionem atque animaduersionem ages iniuriarum."

[2]) Das Recht des Besitzes. 6. Aufl. § 7 S. 63 ff.

[3]) Böcking, Pandekten-Institutionen. 1. Bd. § 4 Not. 1 S. 5 ff.

[4]) A. a. O. S. 64. Vgl. auch S. 499.

den Satyriker doch wohl etwas zu leicht. Petronius ist ein 44. scharfer und feiner Kenner der Sitten seiner Zeit, dem auch, wie aus mehr als einer seiner gelegentlichen Bemerkungen hervorgeht, die Rechtszustände seiner Nation nicht so unbekannt geblieben waren, wie Savigny meint. Und dieß ist bei der selbst in die unteren Volksklassen sich erstreckenden allgemeinen juristischen Bildung der Römer erklärlich, selbst wenn man annimmt, daß der Verfasser des Satyricon nicht identisch sei mit dem von Tacitus (Annal. XVI cc. 17—20) geschilderten C. Petronius, der nicht nur am Hof des Nero entscheidender Ratgeber für die Lüste und Vergnügungen des Kaisers, sondern auch Consul in Rom und Proconsul in Bithynien war und somit von Rechtssachen wohl so viel Bescheid wissen mußte, daß er einen Unterschied zu machen verstand zwischen ius ciuile und ius praetorium.[1])

[1]) Die besonders seit HENRIC. und HADR. VALESIUS erhobenen Zweifel über die Person und das Zeitalter des PETRONIUS (Vgl. FABRICIUS Biblioth. Lat. Hamb. 1708. l. II c. 11 p. 385 Not. a), welche bis dahin gestiegen waren, daß Niebuhr (Kleine histor. und philolog. Schriften I S. 344) sagen konnte: „— Die Meinung, daß der Dichter PETRONIUS Nero's Zeitgenosse gewesen sei, (gehört) wohl zu den Vorurtheilen des unmündigen Zeitalters der Philologie", sind in neuerer Zeit beseitigt worden durch die gründliche Abhandlung von G. Studer (im Rhein. Museum für Philologie. Neue Folge. Jahrg. 1843 S. 50 ff. u. S. 202 ff.), welcher auch F. Ritter (ebendas. S. 561 ff.) beistimmt, nur daß er nachweist, wie unmöglich die Angabe des TACITUS über eine Schrift des PETRONIUS auf das Satyricon bezogen werden könne, weshalb er zwei Schriften des Satyrikers unterscheidet: eine größere, das Satyricon, in glücklichen Tagen zur Belustigung des Nero geschrieben, und eine andere, im Gefängniß kurz vor dem Tod abgefaßte, welche ein Verzeichniß der geheimen Schändlichkeiten Nero's enthielt und, an diesen versiegelt übersendet, von demselben vernichtet wurde. Diese Meinung, welche den Stempel innerer Wahrscheinlichkeit an sich trägt und am leichtesten mit den historischen Ueberlieferungen vereinbar ist, scheint mir die richtige zu sein, besonders da auch K. Eckermann (Hallische Encyklopädie III. 19 Art.: PETRONIUS), welcher der Studer'schen Ausführung überhaupt, und W. Teuffel (Rhein. Museum für Philolog. Jahrg. 1846 S. 511 ff.), welcher derselben in Bezug auf die Identität des Taciteischen PETRONIUS mit dem Satyriker entgegentritt, keine neuen Gründe für ihre abweichenden Ansichten haben aufbringen können.

§ 45.

45. Kehren wir aber zu der Stelle selbst zurück. Bei dem Gedanken eines Interdictenprozesses bleibt Petron stehen, wenn er weiter erzählt, daß jenes anständige Freundespaar, dessen Erlebnisse er erzählt, durch die Ungunst des Schicksals beinahe gezwungen worden wäre, bis zur gerichtlichen Entscheidung die für dasselbe so wertvolle Tunica in die Hände eines Sequester zu legen. Die „aduocati iam paene nocturni“ fordern: „uti apud se utraque (Pallium und Tunica) deponerentur ac postero die iudex querelam inspiceret.“ Die folgenden Worte: „neque enim res tantum, quae uiderentur, in controuersiam esse, sed longe aliud quaeri, in utra parte scilicet latrocinii suspicio haberetur“ könnten auf den Gedanken führen, Petron verstehe unter der querela überhaupt nicht eine privatrechtliche Geltendmachung, sondern eine Kriminalanklage. Allein die Worte „neque enim res tantum, quae uiderentur, in controuersiam esse“ zeigen, daß es sich doch zunächst um den privatrechtlichen Streit handelt, und das Folgende: „sed longe aliud quaeri, in utra parte scilicet latrocinii suspicio haberetur“, daß durch die bevorstehende gerichtliche Verhandlung nicht der Thatbestand des Verbrechens förmlich untersucht, sondern nur gelegentlich offenbart werden soll, auf wem der Verdacht eines Raubs laste. Auf diesen Verdacht hin kann dann möglicherweise in Folge einer Anklage oder auch von Amtswegen[1]) ein Kriminalprozeß gegen den vermutlichen Räuber eröffnet werden, zunächst aber ist nur an einen Civilprozeß zu denken. Dieß zeigt auch der Satz: „Ceterum adparebat, nihil aliud quaeri, nisi ut semel deposita uestis inter praedones strangularetur, et nos metu criminis non ueniremus ad constitutum.“ Crimen bedeutet so viel als Kriminalanklage[2]); constitutum bezeichnet den von den Parteien durch Verabredung festgesetzten Termin vor dem Magistrat[3]), der ganze Satz ist also

[1]) Geib, Geschichte des Röm. Kriminalproz. S. 525 ff.
[2]) Vgl. DIRKSEN Manuale s. u. crimen § 1.
[3]) In dieser Bedeutung kommt constitutum vor bei VARRO d. R. R II 5, 1

zu übertragen: „Uebrigens war klar, daß nichts Anderes beabsich- 45. tigt werde, als daß — — wir aus Furcht vor einer Kriminal-anklage nicht zu dem (ersten) verabredeten Termin in der anhängig zu machenden Streitsache erschienen.“ Aus Allem geht hervor, daß die Sequestration deshalb geschehen sollte, um das Erscheinen der streitenden Theile vor dem Prätor zur festgesetzten Zeit gegenseitig zu sichern. Dabei giebt es ein gutes Zeugniß für die juristische Bildung des Petron, daß er von seinem Sequester versprechen läßt: „exhibiturum crastino die.“ Inwiefern eine andere Einkleidung des Versprechens leicht gefährlich wurde, soll unten gezeigt werden.[1]) Doch sei noch bemerkt, daß gerade bei einem Besitzprozeß das Versprechen des Sequester, die streitige Sache vor dem Magistrat zu exhibiren, vollständigst genügte, indem dort durch die fructus licitatio entschieden wurde, wer den vorläufigen Besitz bekommen solle.

§ 46.

Sequestrationen der Art, wie wir eben eine aus klassischem Beispiel kennen lernten, mögen häufig vorgekommen sein und sie haben keine geringe prozessualische Bedeutung. In den Rechtsquellen finde ich nur eine Stelle, welche entschieden von ihnen handelt, und das ist das schon oben[2]) besprochene Fr. 5 § 1 depositi (16. 3). Dort hat auch der Sequester versprochen: „exhibiturum se“, und es wird, nach Beleuchtung der Möglichkeit, daß die Exhibition an einem bestimmten Ort oder an verschiedenen Orten vertragsmäßig geschehen könne, ausgesprochen: Ohne eine solche Verabredung muß der Sequester auf vorgängige Aufforderung vor dem Prätor exhibiren. Wozu diese letztere Bestimmung, wenn nicht an die Sequestration einer streitigen Sache gedacht würde, die vor dem Prätor deshalb exhibirt werden muß, damit der Besitzstand geordnet werde? Was die Festsetzung eines

---

(Gessner I p. 272). Cicero pro Coelio c. 8. Vgl. auch Cic. pro Caec. c. VII. Epistul. ad diuers. VII. 4. Ueberhaupt Brissonius de V. S. h. u. § 7.

[1]) Vgl. § 50.

[2]) § 29 S. 60.

46. bestimmten Orts zur Exhibition betrifft, so hat Ulpian dabei an Fälle gedacht, wo die in Streit gerathenen Parteien ausgemacht hatten, ihre Sache vor einem anderen Richter als dem Prätor, oder vor einem Arbiter zu verhandeln. Ueberall aber wird nur von Exhibition, durchaus nicht von Restitution der streitigen Sache gesprochen und es ist falsch, wenn man die Stelle mitunter von letzterer verstanden hat.[1]) Es ließe sich dann nicht leicht eine Vereinigung mit Fr. 12 § 1 depositi (16. 3) finden, wie es denn auch unerklärlich wäre, warum der Sequester ohne besondere Vertragsbestimmung gerade bei dem Prätor exhibiren sollte. Uebrigens ist es kein Zweifel, daß hier der Fall einer wirklichen und wahren Sequestration vorliegt. Denn wenn auch der Sequester nur versprochen hat zu exhibiren, so muß er doch, wie schon oben bemerkt, nach der Exhibition, die zu dem Behuf geschieht, daß beide Theile ihr Recht an der Sache geltend machen, der (z. B. in der fructus licitatio) obsiegenden Partei restituiren, um seiner Verbindlichkeit aus dem Realcontract zu genügen. Daß dieß so sein solle, brauchte bei Abschluß des Geschäfts mit dem Sequester gar nicht ausdrücklich bestimmt zu werden. Das ganze Institut war in der Volkssitte und Uebung begründet. Und wie es da feststand, daß der Sequester auch ohne besondere Verabredung vor dem Prätor zu exhibiren habe, so wurde es auch als stillschweigende Vertragsbestimmung angesehen, daß der einen oder der anderen Partei, je nach dem Eintritt oder Nichteintritt der bei den Contracten mit dem Deponenten ebenfalls sich von selbst verstehenden Bedingungen, zu restituiren sei.

§ 47.

Die Einleitungsart des prozessualischen Verfahrens, welche uns in der Stelle des Petron entgegentrat, unterscheidet sich wesentlich von den uns bekannten. Es ist nirgends von einer förmlichen in ius uocatio die Rede. Eine solche wäre auch gar nicht am Platz. Es ist gegen Abend, wo die Geschäfte auf dem Forum schon ruhen, an ein sofortiges, vielleicht

[1]) So die Gloss. *In sequestrum*] ad Fr. 5 § 2 depositi (16. 3).

gewaltsam zu erzwingendes Erscheinen vor dem Magistrat also gar nicht zu denken. In solchen Fällen pflegte man sich dadurch zu helfen, daß der Beklagte sich sofort mit dem Kläger verständigte, oder daß er einen uindex stellte.[1]) Nun treten bei Petron beide Parteien mit Ansprüchen auf, beide sind Kläger, beide Beklagte: es müßte also, wenn keine Verständigung erfolgt, eine doppelte in ius uocatio vorgenommen werden, und es wären hin und zurück uindices zu geben. Sich zu verständigen, haben die Parteien zwar Lust, doch die Umstände verhindern sie daran. Einen uindex aber vermögen weder Ascylt und Encolp aufzubringen, denn sie sind ganz unbekannt am Ort, noch scheint der Bauer und das Weib dieß bewerkstelligen zu können. So wäre es noch übrig, daran zu denken, daß die Parteien ein außergerichtliches uadimonium eingegangen hätten.

47.

§ 48.

Bekanntlich gab es zwei Arten des uadimonium. Die eine diente dazu, den Beklagten nach eingeleitetem Prozeß, wenn das Verfahren in iure mehrere Tage erforderte, zum Wiedererscheinen in dem nächsten Termin anzuhalten; die andere dazu, den Beklagten zu einem noch nicht anhängig gemachten Prozeß vor den Prätor zu bringen.[2]) Jene gehörte zu den praetoriae stipulationes[3]) und es waren für dieselbe in dem Edict nicht nur feste Formulare aufgestellt, sondern für die einzelnen Fälle auch auf das Genaueste bestimmt, ob „das uadimonium promittere einfach (pure), oder mit Bürgen (cum satisdatione), oder doch eidlich oder endlich gar mit sofortiger Anordnung des iudicium für die summa

---

[1]) Gaius Fr. 22 § 1 de in ius uocando (2. 4) und viele andere Stellen bei Juristen und Nichtjuristen. S. Keller, Röm. Civilproz. § 46 Not. 534 u. 535 S. 189. Puchta, Institutionen. Bd. 2 § 160. 4. Aufl. S. 79.

[2]) Eine dritte Art des uadimonium, zu dem Zweck, das Verfahren in iure in das Verfahren in iudicio überzuleiten, oder es in iudicio fortzusetzen, gab es nicht. Das hat überzeugend dargethan: Hartmann, das Röm. Contumacialverfahren. Götting. 1851 S. 232 ff. Vgl. auch Keller, Röm. Civilprozeß S. 195 namentlich Not. 554.

[3]) Keller a. a. O. S. 192.

48. uadimonii auf den Fall des Ausbleibens (recuperatoribus suppositis)" geschehen müsse.[1]) Ganz anderer Natur ist die zweite Art des uadimonium, die schon zu Cicero's Zeit vorkommt.[2]) Die Parteien können sich ohne förmliche in ius uocatio[3]) über einen Tag, wo sie vor dem Prätor erscheinen wollen, einigen. Die gemeine Meinung geht nun dahin, daß von dem Beklagten stets stipulationsweise versprochen worden sei, er werde zur festgesetzten Zeit in iure sich stellen[4]), und zwar so, daß er für den Nichterscheinungsfall eine summa uadimonii promittirte, oder aber so, daß die Stipulation auf das quanti ea res est, oder ein bloßes sistere gerichtet wurde[5]), wobei überall für die eingegangene Stipulationsverpflichtung Bürgen hätten bestellt werden müssen.[6]) Wenn nun auch nicht geläugnet werden soll, daß dieß Alles geschehen konnte und wohl regelmäßig geschah, so muß ich doch behaupten, daß die in Rede stehende Art des uadimonium auch ohne Stipulation und ohne Bürgenstellung vorkam, oder, um es schärfer zu fassen, daß der Kläger nicht nur dann von der Forderung, der Beklagte solle ihm sofort zur Gerichtsstelle folgen, abstehen mußte[7]), wenn der Letztere stipulationsweise uadimonium promittirte und die stipulatio satisdatione sicherte,

---

[1]) Keller a. a. O. S. 191.

[2]) Zimmern, Röm. Civilprozeß S. 393. Vgl. von „unzähligen Beispielen" bei Cicero: Orat. pro Quinct. cc. 5. 6. 19. 21. 28; pro Tullio c. 20.

[3]) v. Scheurl, Institutionen. 2. Aufl. Erlang. 1855 § 56 S. 104. Hartmann a. a. O. S. 224 sagt eigentlich dasselbe, nur drückt er das, was ich negativ ausspreche, positiv aus: „Das uadimonium setzt — eine ausdrückliche oder stillschweigende in ius uocatio voraus." Eine „stillschweigende in ius uocatio" ist freilich, genau genommen, keine.

[4]) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden Röm. Reichs. Bonn 1834 S. 242. Puchta, Institutionen II S. 81. Hartmann a. a. O. S. 224. Keller a. a. O. § 47 S. 194.

[5]) Keller a. a. O. S. 194 u. 195 besonders Not. 550.

[6]) Zimmern, Röm. Civilprozeß S. 340. Bethmann-Hollweg a. a. O. Keller a. a. O.

[7]) Daß er es konnte, ist kein Zweifel; stand es ihm ja auch frei, die in ius uocatio auf Bitten des Beklagten ganz und gar zu unterlassen, oder einen Vergleich einzugehen. Vgl. übrigens Paullus Fr. 16 de V. S. (50. 16).

sondern auch dann, wenn von dem Beklagten formlos sein Erscheinen zur bestimmten Zeit zugesagt und dieses Versprechen auf genügende Weise durch eine Realcaution bekräftigt worden war. 48.

Von dem außergerichtlichen uadimonium ist uns in den Justinianischen Pandekten — obgleich die Compilatoren das Wort uadimonium planmäßig entfernten[1]) — eine sehr bemerkenswerte Spur geblieben: die Titelrubrik:

In IVS VOCATI VT EANT, AVT SATIS VEL CAVTVM DENT (2. 6),

denn nur von dieser kann mit Bestimmtheit behauptet werden, daß sie von unserer Art des uadimonium handelt. In dem Titel selbst sind allerdings nur Fälle erwähnt, wo das uadimonium cum satisdatione geschah. Gerade deshalb aber ist die Rubrik des Titels:

IN IVS VOCATI VT EANT AVT SATIS VEL CAVTVM DENT

sehr auffallend. Hätten erst die Compilatoren diese Ueberschrift für die von ihnen gesammelten Fälle formulirt, so wäre es geradezu unbegreiflich, weshalb die Worte

VEL CAVTVM DENT

hinzugefügt worden wären. Deshalb glaube ich annehmen zu dürfen, daß Tribonian und seine Gehülfen die fragliche Titelrubrik aus dem prätorischen Edict — in welchem die ausführlichsten Bestimmungen über das uadimonium enthalten waren[2]) — herübernahmen und unverändert stehen ließen, obwohl die von ihnen aus den Schriften der Juristen gesammelten Stellen nur Fälle des uadimonium — und vielleicht nur des eigentlichen gerichtlichen uadimonium — cum satisdatione enthielten.[3]) Daraus

---

[1]) Keller a. a. O. S. 195 Not. 553. Hartmann a. a. O. S. 245. Eine Aufzählung der interpolirten Stellen s. bei Voorda, Diss. de uadimonio. Lugd. Bat. 1751 c. 2 § 3.

[2]) Gaius IIII. 185.

[3]) Antonius Faber, Rationalia in Pand. lib. II tit. VI: „Hic titulus male acceptus est a Triboniano, a quo fuit accommodatus ad promissiones iudicio sistendi causa factas, cum tamen haec pars Edicti ad eos pertineat, qui in ius et ad Praetorem, non ad eos, qui in iudicium et ad iudicem uocantur. Id enim agebat Praetor, ut, qui in ius uocabatur, si non satisdaret, cogeretur sequi, aut inuitus traheretur et raperetur: si satisdaret dimitteretur: quemadmodum si quis pro eo defensor existeret, aut si de negotio inter eundem transactum esset." Faber erkennt also an, daß die dem Edict ent-

48. folgt aber, daß nach dem prätorischen Edict bei unserem uadimonium nicht immer satisdatio erforderlich war, sondern daß auch eine andere Caution genügte. Man wende nicht ein, es stehe Fr. 7 de praetoriis stipulationibus (46. 5) entgegen, denn diese — unten[1]) noch weiter zu betrachtende — Stelle bezieht sich offenbar nur auf die Fälle, wo das prätorische Edict bloß satisdatio verlangt, nicht aber auf diejenigen, wo dasselbe neben der satisdatio ausdrücklich auch andere Cautionen zuläßt. Doch ist es einleuchtend, daß vom Edict immer ein idonee cauere gefordert wurde. Welche cautio aber idonea sei, war im einzelnen Fall nach den Verhältnissen des Beklagten und nach den besonderen Umständen, namentlich auch mit Rücksichtsnahme darauf, was für ein Cautionsmittel von dem Beklagten füglich aufgebracht werden konnte, zu ermessen, und es waren darüber genauere Bestimmungen im Edict enthalten. Regelmäßig wird freilich der Kläger berechtigt gewesen sein, mindestens Realcaution durch Pfandgebung zu fordern.[2]) Dieser ging häufig förmliche Stipulatio unter den Parteien voran; doch ist es unzweifelhaft, daß eine solche auch unterbleiben konnte, da ja dem nudum pactum durch die hinzutretende Realsicherheit seine Wirksamkeit vollkommen gesichert war.

Man wird nun freilich einwenden: Wie ist es denn möglich, daß bei einem uadimonium andere Cautionsmittel gebraucht werden konnten, als uades?[3]) Darauf entgegne ich: Auch bei dem

---

lehnte Rubrik IN IVS VOCATI *etc.* mit dem Inhalt des Titels nicht in Uebereinstimmung stehe, wenn er auch sonst nicht ganz mit uns übereinstimmt.

[1]) S. § 62.

[2]) ULPIANUS Fr. 4 § 8 de fid. lib. (40. 5): „— cauendum est idonee. Quid est idonee? satisdato utique, aut pignoribus datis. Sed si ei fides habita fuerit promittenti sine satisdatione, idonee cautum uidetur." Von einer durch Eid gesicherten cautio iudicio sisti spricht PAULLUS in Fr. 16 qui satisdare cogantur (2. 8). Diese Caution bezieht sich wohl auf das Erscheinen in iure, da es ja überhaupt unbedenklich ist, in der Zusammensetzung iudicio sisti das Wort iudicium für den Prozeß im Ganzen zu nehmen. Keller, Litis-Contestation und Urtheil S. 65 Not. 10. Derselbe, Röm. Civilprozeß S. 196. Hartmann a. a. O. S. 242.

[3]) Ueber die Bedeutung von uas vgl. IACOB. RAEVARDUS Ad L. XII tabb.

gerichtlichen uadimonium sind die Cautionsmittel nicht immer 48. uades, nicht einmal immer Bürgen[1]); und ich denke gar nicht daran, zu behaupten, daß man jedes durch Caution gesicherte Versprechen, in iure zu erscheinen, uadimonium genannt habe. So oft auch der Ausdruck cautio iudicio sisti in den Justinianischen Digesten auf Interpolation beruhen mag, so wenig ist doch anderseits daran zu denken, daß überall da, wo es jetzt cautio iudicio sisti heißt, ursprünglich uadimonium gestanden habe.[2]) Dieser Ausdruck war den alten Juristen bekannt und geläufig, so daß ich nicht zu irren glaube, wenn ich annehme, man habe uadimonium vorzugsweise da gebraucht, wo das Versprechen des Beklagten, in iure zu erscheinen, mittelst Stipulation unter hinzutretender Satisdation geschah, da aber, wo jenes Versprechen nur in einem durch pignoris datio rc. gesicherten nudum pactum bestand, habe man von einer bloßen cautio iudicio sisti gesprochen.

Rücksichtlich des historischen Verhältnisses der verschiedenen Einleitungsarten des prozessualischen Verfahrens werde noch Folgendes bemerkt. Die alte strenge in ius uocatio war bloß für die ursprünglichen einfachen Verhältnisse passend. Nur bei einem kleineren, auf enge räumliche Grenzen beschränkten Volk, das mit Fremden wenig Verkehr hatte, konnte eine Einrichtung bestehen, wonach Jeder, der mit einem Anderen prozessiren wollte, diesen zu gelegener Zeit abfangen mußte, um ihn gleich mit sich vor den Richter zu führen. Bloß daraus ist es erklärbar, daß man sich von der sofortigen Folge nicht anders befreien konnte, als wenn man einen uindex, d. h. Jemanden, der anstatt seiner folgte, stellte. Als der Staat und der Verkehr wuchs, auch die Sitte sich verschlechterte, war es nicht mehr so einfach, den bösen Schuldner zur rechten Zeit anzugehen und vor den Prätor zu

---

Brugis Flandror. a. 1563 c. 5 pag. 18. IAC. GOTHOFREDUS Fontes quatuor iur. ciuil. Geneu. 1653. Notae ad Tab. II p. 191. HEINECCIUS Antiquitatt. Rom. iur. ill. syntagma III. 21, 3 (Ed. HAUBOLD. p. 574). Keller, Röm. Civilprozeß S. 190 Not. 539 und die dort Citirten.

[1]) Vgl. GAIUS IIII § 185.

[2]) Keller a. a. O. S. 195 Not. 553.

48. bringen. Man mußte sich bequemen, auch zu ungelegener Stunde seine Ladung an den Mann zu bringen, denn man war wohl manchmal froh, den Gegner überhaupt zu treffen. In solchem Fall konnte ein sofortiges Erscheinen in iure nicht stattfinden, und dem Kläger würde seine in ius uocatio wenig geholfen haben, wenn man nicht Mittel gefunden hätte, ihm den Erfolg derselben zu sichern. Eine uindicis datio freilich war jetzt nicht am Platz, denn ebensowenig wie der Beklagte selbst, konnte der uindex zu jeder Zeit vor den Prätor geführt werden. Doch lag es nahe, zu bestimmen, der Beklagte sei gehalten, sein Erscheinen zu einer festgesetzten Zeit in solenner Weise zu versprechen und dieses Versprechen noch durch Bürgenbestellung zu bekräftigen. Das Versprechen und die Verbürgung konnte der alten Römischen Sitte gemäß nur in Form von Stipulationen geschehen und man sprach dann von uadari und uadimonium promittere, die sich ebenso entsprechen, wie stipulari und spondere.[1]) Es fehlt nicht an Andeutungen, daß derjenige, welcher kein uadimonium in der angegebenen Weise bestellen konnte, von dem Kläger bis zur Vorführung vor den Richter in Gewahrsam gehalten werden durfte. Namentlich deutet darauf hin

Plautus Persa II. 4, 18:

Sagastrio: Vadatur hic me. Paegenium: Utinam uades desint, in carcere ut sis[2]),

und es ist wohl möglich, daß zuerst der Satz galt, der in ius Vocirende könne den Vocirten, sobald keine Füglichkeit vorhanden, sofort in iure zu erscheinen, gefangen halten, daß aber dieser beiden Theilen unbequemen Satzung gegenüber bald die Sitte herrschend wurde, den Beklagten gegen uadimonium zu entlassen und daß dann der Prätor nur einer im Leben schon feststehenden

---

[1]) Keller a. a. O. S. 190 Not. 539.

[2]) Iacobus Raevardus Ad L. XII tabb. c. 5 p. 18. Die elegante Abhandlung des Raevardus über die Einleitung des alten Röm. Prozesses ist auch in sofern ausgezeichnet, als darin schon richtig erkannt und ausgesprochen ist, es habe vollkommen genügt, wenn der vom Kläger Belangte durch pignoris datio sein Erscheinen in iure sicherte. — Vgl. auch Heineccius Antiquitatt. Romm. iur. ill. syntagma IIII. 6, 20 Not. r.

Uebung Ausdruck gab, als er anscheinend nur im Interesse des Beklagten ins Edict den Satz aufnahm: der Kläger müsse den Beklagten entlassen, wenn dieser uadimonium promittire. Das uadimonium mußte freilich zunächst immer cum satisdatione geschehen. Der schnell wachsende Peregrinenverkehr aber, im Allgemeinen das eilige und hastige Treiben einer großen Weltstadt brachte es mit sich, daß man die Förmlichkeiten des uadimonium nicht immer beobachten konnte und wollte, und daß die Kläger sich auch begnügten, wenn ihnen die Beklagten nach ergangener Aufforderung nur irgendwie vollkommene Sicherheit für das Erscheinen in iure (oder für das streitige Recht überhaupt) bestellten. So entwickelte sich neben dem eigentlichen uadimonium die einfache cautio iudicio sisti (welcher gegenüber sich jenes als satisdatio iudicio sisti darstellt), und der Prätor legalisirte gleichsam wieder nur die schon herrschende Sitte, als er jedem idonee cauere die Kraft des eigentlichen uadimonium verlieh. 48.

§ 49.

Blicken wir mit den Resultaten der vorstehenden Untersuchung auf die Stelle bei Petronius zurück, so wird sich nachweisen lassen, daß die dort geschilderte Einleitungsart des prozessualischen Verfahrens unter den Begriff einer einfachen cautio iudicio sisti fällt. Man kommt überein, am nächsten Tag vor dem Prätor zu erscheinen und giebt den Streitgegenstand einem Sequester. Also anstatt der Stipulation beim eigentlichen uadimonium: nudum pactum; anstatt der Bürgenbestellung: Sequestration des Streitobjects. Somit giebt unsere Stelle ein Zeugniß ab für das Vorhandensein einer Einleitungsart des prozessualischen Verfahrens, welche darin bestand, daß die Parteien nudo pacto sich verpflichteten, in iure zu erscheinen, indem sie dieses pactum durch Deposition des Prozeßgegenstands bei einem Sequester befestigten. Was hat aber die Sequestration hier für einen juristischen Charakter? Wie oben beim Compromissum schließen die Parteien einen Vertrag ab, welcher durch die Hinterlegung der streitigen Sache Realsicherheit erhalten soll. So ist denn jedenfalls die Deposition des Streit-

49. objects als eine Art Verpfändung desselben aufzufassen, nur daß hier dieselbe nicht so regelmäßig mit einer lex commissoria verbunden zu sein brauchte, wie oben. Wenn nämlich der Beklagte in Folge seines Versprechens in iure erschien, so war damit die Obligation, für welche er das Pfand bestellt hatte, erfüllt, das Pfandrecht also untergegangen; kam er aber nicht, so wurde wider ihn wie gegen einen indefensus verfahren und man konnte sich dabei an das deponirte Streitobject halten.[1]) Es brauchte also dem Pfandrecht durch besondere Bestimmung kein anderer materieller Inhalt gegeben zu sein, als der, welcher seit alter Zeit von selbst mit dem pignus verbunden war: daß die Pfandsache so lange zurückbehalten werden konnte, bis die Obligatio erfüllt wurde. Dieß gestaltet sich noch ganz eigenthümlich bei den Fällen, für welche unsere Einleitung des Verfahrens eigentlich bestimmt war.

§ 50.

Sie eignete sich nämlich besonders für einen Streit, wo das Petitorium durch ein interdictum retinendae possessionis vorbereitet werden sollte. In solchem Fall wird sich jede Partei hüten, die in ius uocatio vorzunehmen, denn dadurch würde sie gewissermaßen schon anerkennen, daß sie Kläger, der Gegner Beklagter, also Besitzer sei. Soll ja doch auch während des Interdictenprozesses keine Partei vorzugsweise die Rolle des Klägers, keine vorzugsweise die des Beklagten übernehmen.[2]) Durch die in ius uocatio aber würde der Vocirende eine Verpflichtung zur editio actionis eingehen, während er doch gar nicht die Absicht hat, als Kläger aufzutreten. So ist die in ius uocatio für den Besitzstreit streng genommen unmöglich. Es bedurfte aber einer solchen auch nicht. Denn da der Interdictenprozeß in der extraordinaria cognitio wurzelte[3]), wird kein Magistrat Bedenken ge-

---

[1]) Puchta, Institutionen Bd. 2 § 160 S. 81. Keller, Röm. Civilprozeß § 49 S. 200. § 65 S. 264.

[2]) Gaius IIII. 160. § 7 I. de interdict. (4. 15). Theophil. ad h. l.

[3]) Keller, Röm. Civilprozeß § 74 S. 304. Vgl. § 81 S. 337 besonders Not. 966 und die dort citirten Stellen.

tragen haben, auf Antrag einer Partei von dem ihm vermöge 50. seines imperium zustehenden Recht der uocatio[1]) Gebrauch zu machen. Doch wurde dazu gewiß erst im Notfall geschritten, besonders als später der Interdictenprozeß „mehr und mehr in den ordo iudiciorum hinüber wuchs"[2]) und so jene in die extraordinaria cognitio gehörige Vocation nur behutsam angewendet werden konnte. Von jeher war es wohl das Gewöhnliche, daß man, da beide Parteien bei der Ertheilung des Interdicts durch den Prätor zugegen sein mußten[3]), auf gütlichem Weg das Erscheinen verabredete. So scheint sich auch Theophilus die Sache vorgestellt zu haben, wenn er erzählt:

Paraphras. Institutt. IIII. 15 pr. (Ed. Reitz p. 889.)

Ἡνίκα τοίνυν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς μεταξὺ δύο τινῶν γίνεται φιλονεικία, ἀπέρχονται πρὸς τὸν πραίτωρα τοῦτο αὐτῷ διηγούμενοι, ἐπειδὴ συμβαίνει πολλάκις, καὶ φόνους πλημμελεῖσθαι, καὶ τραύματα ἐπάγεσθαι, πληγὰς ἐπιφέρεσθαι ἐν ταῖς τοιαύταις φιλονεικίαις, καὶ διηγοῦνται τῷ πραίτωρι τὸ γεγονός.

Doch bleibt dabei immer im Hintergrund, daß es auch ein Zwangsmittel gab, um die das Erscheinen in iure verweigernde Partei vor den Prätor zu bringen. Wenn nun aber einer der streitenden Theile wohl bereit war, mit vor den Richter zu kommen, es war aber augenblicklich dazu keine Füglichkeit vorhanden, so blieb es das Natürlichste, einen Termin zu verabreden, sich gegenseitig das Erscheinen zu versprechen und dieses Versprechen gehörig durch Bürgen, Pfänder oder andere Cautionen zu sichern. Bei Mobilien aber war es das bequemste Mittel, den gegenwärtigen Streit abzuschließen und zugleich das Versprechen, vor dem Richter zu erscheinen, zu sichern, wenn beide Theile den von ihnen behaupteten Besitz für den Augenblick aufgaben und bis zur Ent-

[1]) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. und Proz. S. 253 Not. 37. Keller a. a. O. S. 337. Hartmann a. a. O. S. 160 will die „magistratische Vocation" auch dem ordentlichen Prozeß vindiciren. Dagegen aber muß ich mich entschieden erklären. S. unten Beilage III.

[2]) Keller a. a. O. § 76 S. 313.

[3]) Schmidt, Interdictenverfahren S. 209 ff.

50. scheidung durch den Richter auf einen Dritten übertrugen. Da konnte die Deposition der streitigen Sache beim Sequester als Verpfändung derselben für den Vertrag der Parteien, vor dem Prätor zur festgesetzten Zeit zu erscheinen, gelten, und zwar als Verpfändung von beiden Seiten, da es ja noch ungewiß, wer Besitzer und wer Eigenthümer war. Erschienen dann beide Theile in iure, so war die Obligatio gelöst, also auch das dafür bestellte Pfandrecht aufgehoben und es ging nun der Besitzprozeß seinen Gang. Unterließ es aber ein Theil, zu erscheinen, so schien derselbe seine Behauptung, daß er besitze, fallen zu lassen und es erhielt nun der Erschienene den Besitz. Wollte der Richterschienene sein Recht weiter verfolgen, so mußte er es auf dem Weg des Petitoriums thun.

§ 51.

Wir haben es uns vorbehalten, die Gründe auszuführen, weshalb bei der eben behandelten Art der Sequestration der Sequester versprach, er werde die deponirte Sache (vor dem Prätor) exhibiren. Daß dieses Versprechen vollkommen hinreichend war, um die Rechte der streitenden Theile an der fraglichen Sache vorläufig zu sichern, ergiebt sich aus dem Vorhergehenden; daß aber im Eigenthumsprozeß die freiwillige Sequestration des Streitobjects vor dem Beginn des Prozesses lediglich mit der Bestimmung, der Sequester solle dasselbe dem Sieger ausantworten, besonders wenn damit gewisse Nebenverabredungen verbunden waren, nicht ohne Gefahr gewesen wäre, soll jetzt nachgewiesen werden. Am besten wird sich dieß thun lassen, wenn wir das Fr. 9 § 3 de dolo malo (4. 3) genauer betrachten.

Ulpianus (libro XI° ad Edictum)

Labeo libro trigesimo septimo Posteriorum scribit[1]): si oleum

[1]) Die Vulgata behandelt diese Worte als Inscription, so daß Fr. 9 mit den Endworten des § 2: „posse experiri" geschlossen wird und dann Fr. 10 mit der Inscription beginnt: „Labeo libro septimo posteriorum scribit." Vgl. z. B. Dig. uetus Lugd. apud Anton. Vincentium. 1541. Siehe auch Brenkman in Not. 71 ad h. t. der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. Es

tuum, quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc uenderet et pretium seruaret, donec inter uos diiudicetur[1]), cuius oleum esset, neque Titius uelit iudicium accipere, quoniam neque mandati, neque sequestraria Seium conuenire potes, nondum impleta conditione depositionis, de dolo aduersus Titium agendum. Sed POMPONIUS libro uicesimo septimo, posse cum sequestre praescriptis uerbis actione agi, uel si is soluendo non sit, cum Titio de dolo; quae distinctio uera esse uidetur. 51.

Es handelt sich hier um einen Eigenthumsstreit; dieß beweisen die Worte: „si oleum tuum, quasi suum defendat" und „donec inter uos diiudicetur, cuius oleum esset" zur Genüge. Ebenso ist klar, daß in dem beabsichtigten Eigenthumsprozeß Titius Beklagter sein soll („si — quasi suum defendat" und „neque uelit iudicium accipere"). Daraus geht hervor, daß Titius in dem Besitz des Oels gewesen sein muß, als die Differenz entstand. Jetzt aber weigert sich Titius, iudicium accipere; dieß kann er wirksam bloß dann thun, wenn er nicht mehr besitzt und sine dolo desiit possidere. In der Stelle selbst steht, daß Caius (wie wir den Kläger nennen wollen) das Oel bei Seius deponirt habe, „ut is hoc uenderet et pretium seruaret, donec — diiudicetur." Später wird Seius geradezu Sequester genannt. Da wir nun wissen, daß nur dann von einem Sequester gesprochen wird, wenn Mehrere eine Sache in solidum certa conditione custodiendam reddendamque deponirt haben, hier auch von einer wirklichen Sequestration die Rede ist, weil die sequestraria actio nicht etwa deshalb ausgeschlossen wird, weil keine Sequestration vorhanden, sondern aus ganz anderen Gründen, müssen wir — trotzdem daß gesagt wird, Caius habe das Oel bei Seius deponirt — annehmen, auch Titius sei bei der Se-

---

geht aber aus der Fassung der Stelle hervor, daß die Anordnung der Florentina die allein richtige ist.

[1]) Hier hat die Florentina deiudicetur. Da dieß aus der eigenthümlichen Orthographie der Florentina zu erklären ist (BRENKMAN Not. 7? ad h. t. in der Göttinger Ausgabe), so folge ich der gewöhnlichen Schreibweise.

51. questration betheiligt gewesen. — Uebrigens stimmt dieses unser zweites Resultat mit dem ersten, daß Titius beim Entstehen des Streits das Oel besessen und nun sine dolo zu besitzen aufgehört haben müsse. Denn wenn Caius und Titius zusammen die Sache, welche bisher im Besitz des Letzteren war, bei Seius als Sequester deponirten, so hat, da der Sequester, wo die Sequestration als eigentliches Cautionsmittel vorkommt, juristischen Besitz erlangt[1]), allerdings Titius sine dolo den Besitz aufgegeben. Jedenfalls sind also Caius und Titius übereingekommen, die streitige Sache bis zum Austrag des Eigenthumsprozesses bei Seius zu sequestriren, und Titius hatte wohl dieselbe dem Caius übergeben, um die Sequestration in Beider Namen zu bewerkstelligen.[2]) Den Zweck der Letzteren betreffend, so ist sie wohl geschehen, um das Erscheinen des Titius in iure zu sichern, zugleich aber um dadurch auch dem dereinst obsiegenden Theil rücksichtlich des Streitobjects Sicherheit zu bestellen. Oel ist ein leicht zu verkonsumirender, leicht verderbbarer Gegenstand. Um in dieser Beziehung allen Eventualitäten vorzubeugen, kommen die Parteien überein, dasselbe jetzt — so lange es noch in gutem Zustand — verkaufen und den Kaufpreis zur Sicherung des dereinstigen Siegers von dem mit dem Verkauf Beauftragten bewahren zu lassen. Es liegt hier eine wirkliche Sequestration vor, bei der freilich der Hauptcontract mit dem Sequester als Mandat, nicht als bloßes Depositum erscheint.[3]) Nachdem so die Sequestration und der Verkauf des Oels geschehen, weigert sich Titius, iudicium accipere, d. h. er erklärt gleich in iure, daß er sine dolo aufgehört habe Besitzer zu sein und daß deshalb der Prätor dem Caius die actio denegiren müsse. Caius kann nun nicht abläugnen, daß Titius in Folge gegenseitigen Uebereinkommens, also sine dolo aufgehört habe zu besitzen. Der Prätor muß ihm deshalb die formula verweigern.[4]) Man könnte einwenden, der Jurist gebe ja zu, daß

---

[1]) S. unten §§ 89 ff.

[2]) S. oben § 17 S. 37 Not. 3.

[3]) S. oben § 24 S. 48.

[4]) Furius Anthemius Fr. 80 d. R. V. (6. 1): „In rem actionem pati non

eventuell eine actio doli gegen Titius stattfinde, daß also doch 51. ein dolus des Letzteren vorhanden sein müsse. Wir werden unten sehen, worin dieser dolus lag, jedenfalls aber müssen wir dabei stehen bleiben, daß in dem Vertrag zwischen Caius und Titius, in Folge dessen Titius aufhörte zu besitzen, kein Dolus des Letzteren zu finden ist. Vielleicht hat Titius die Absicht, seine Ansprüche jetzt auf andere Weise geltend zu machen und unter dem Vorwand, die Deposition und der Verkauf des Oels sei wider seinen Willen geschehen, gegen den dritten Besitzer desselben, an welchen es im Auftrag des Caius verkauft war, die rei uindicatio anzustellen, vielleicht (und das ist das Wahrscheinlichere) giebt er seine Ansprüche ganz auf, ist dabei aber gar nicht geneigt, seinerseits etwas dazu beizutragen, daß das nunmehr von ihm anerkannte Recht des Caius wirklich realisirt werde. Wie aber ist, da Seius sich weigert, die zugleich im Namen des Titius bei ihm von Caius unter einer Bedingung deponirte Sache vor Entscheidung dieser Bedingung dem Caius zurückzugeben, das Recht des Letzteren zu verwirklichen? Steht demselben ein Mittel gegen Titius

---

compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere; ita ut, si possit aduersarius conuincere, rem ab aduersario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non probauerit.“ Aus dieser merkwürdigen Stelle geht hervor, daß Niemand gezwungen werden konnte, sich auf die Eigenthumsklage einzulassen, indem er derselben dadurch entgehen konnte, daß er seinen Besitz in Abrede stellte. Wurde dann nachgewiesen, daß er dennoch Besitzer sei, so erfolgte translatio possessionis auf den Kläger; stellte sich aber heraus, daß er wirklich nicht besitze, so mußte der Prätor zweifellos die actio verweigern und den Kläger abweisen. Eine solche denegatio actionis kommt in vielen Beispielen vor, z. B. die denegatio einer in rem actio bei Cicero pro Flacco c. 21 § 49, sowie in Fr. 24 § 2 de iudic. (5. 1); über die Denegation anderer Klagen und im Allg. s. Cicero Rhetoric. ad Herennium II. 13 (12); Partitt. oratt. 28, 29; Fr. 26 § 4 ex quib. caus. (4. 6); Fr. 4 qui satisdar. cog. (2. 8); Fr. 15 si quis cautionib. (2. 11); Fr. 73 de procuratorib. (3. 3); Fr. 21 de iud. (5. 1); Fr. 34 soluto matrimon. (24. 3); Fr. 9 § 5 de tutelae (27. 3); Fr. 15 § 1 ad L. Falcid. (35. 2); Fr. 24 pr. de liberal. caus. (40. 12); Fr. 27 pr. Fr. 97 § 2 d. V. O. (45. 1); Fr. 30 de solutionib. (46. 3); Fr. 16. 18 iudicat. solui (46. 7); Fr. 1 ui bonor. raptor. (47. 8); Fr. 15 § 44 de iniur. (47. 10). Vgl. überhaupt Keller, Röm. Civilprozeß § 50 S. 206 Not. 587 und § 36 S. 140 ff.

51. zu Gebote, um diesen zu bewegen, dem Seius gegenüber seine Einwilligung zur Restitution des Geldes an ihn zu ertheilen? Oder kann Caius irgendwie direct gegen Seius klagen? Die Beantwortung dieser Fragen beschäftigt den Juristen. Wir aber müssen, um seine Entscheidung zu verstehen, das Verhältniß des Caius zu dem Titius noch genauer analysiren.

Die Uebereinkunft zwischen diesen Personen läßt sich in folgende Bestandtheile zerlegen. Sie geht: 1. darauf, daß über das Oel ein Eigenthumsprozeß geführt werde, in welchem Caius die Rolle des Klägers, Titius die des Beklagten zu übernehmen hat; 2. darauf, daß beide Theile (namentlich auch Titius) zur festgesetzten Zeit vor dem Prätor erscheinen müssen; 3. darauf, daß der Gegenstand des Streits inzwischen veräußert und dem Sieger im Eigenthumsprozeß nicht die streitige Sache selbst, sondern deren Preis ausgeantwortet werden soll; 4. endlich darauf, daß dieses vermittelst eines Sequester geschehe. Wäre nun bloß die Bestimmung sub 2 vorhanden und dabei der Streitgegenstand einem Sequester übergeben worden, so hätten wir den Fall der cautio iudicio sisti, den wir oben kennen gelernt haben, nur daß dabei nicht die Bestimmung getroffen sein dürfte, der Sequester solle die Sache dem Sieger im Eigenthumsprozeß herausgeben, sondern vielmehr: er solle sie in iure exhibiren und da nach Befehl des Prätor einer der Parteien restituiren. Würde dann der bisherige Besitzer sich darauf berufen, daß er den Besitz durch die Sequestration verloren habe, so würde Caius sofort in den Besitz der vom Sequester exhibirten Sache einzuweisen sein und nun müßte der den Besitz Abläugnende die schwierigere Rolle des Klägers übernehmen. Bliebe aber Titius bei seiner Behauptung, Besitzer zu sein, stehen, so müßte, wenn Caius ebenfalls den Besitz beanspruchte, ein Besitzprozeß folgen, oder es würde, wenn Caius den Besitz des Titius zugäbe, Titius, um die translatio possessionis auf Caius zu vermeiden, gezwungen sein, die Beklagtenrolle im Eigenthumsprozeß zu übernehmen. Es könnte dann nach ertheilter formula durch Uebereinkunft der Parteien die Sache wieder demselben oder einem anderen Sequester übergeben werden und dabei wäre wohl die Bestimmung, daß sie nur der Sieger zurück-

erhalten solle, oder daß sie der Sequester verkaufe und den Preis dem Sieger überantworte, gefahrlos.

Anders freilich gestaltet sich die Sache in dem Rechtsfall, welcher uns vorliegt. Da hat Caius den Fehler begangen, die Sache vor constituirtem iudicium nicht zu einem exhibere in iure mit der selbstverständlichen Bestimmung, sie solle dann einer der Parteien auf Befehl des Prätor restituirt werden, sondern zum Verkauf und zur Ueberantwortung des Kaufpreises an den endlichen Sieger dem Sequester zu übergeben. Dieß war deshalb unvorsichtig, weil nun weder eine Gewähr dafür vorhanden war, daß Titius in iure erscheinen werde, noch eine Gewähr dafür, daß derselbe, auch wenn er erscheine, sich der Klage entgegenstelle. Titius ist wohl durch Vertrag hierzu verpflichtet, allein dieser Vertrag ist als nudum pactum nicht klagbar, die Sicherung aber, welche das nudum pactum durch die Sequestration erhalten konnte, ist durch ungeschickte Fassung des Vertrags mit dem Sequester nicht eingetreten. So hat denn Titius die schönste Gelegenheit, seinen Vertragsverbindlichkeiten entgegenzuhandeln. Zwar erscheint er in iure, aber er weigert sich, die Beklagtenrolle zu übernehmen. Caius kann nun nicht in den Besitz des Oels eingewiesen werden, da dasselbe vom Sequester in seinem Auftrag verkauft ist, und selbst wenn es nicht verkauft wäre, sich der Sequester mit Recht weigern würde, den ihm bis zum Endurteil übertragenen Besitz aufzugeben und auf Caius übergehen zu lassen, da er nicht verpflichtet und befugt ist, auf ein interlocutorisches Decret des Prätor zu restituiren. Den Kaufpreis aber kann Caius vom Sequester weder mit der bloßen actio mandati fordern, weil das einfache Mandat auf Verkauf des Oels erloschen ist und der Klage auf Aushändigung des Kaufpreises die Bestimmung entgegensteht, der Sequester solle den Kaufschilling bis zum Eintritt einer gewissen Bedingung bewahren, noch mit der actio (mandati) sequestraria, da die Bedingung, unter welcher der Preis einer von beiden Parteien restituirt werden sollte, noch nicht eingetreten ist.[1]) So erleidet Caius, welcher als wirklicher Eigenthümer des Oels an-

[1]) Vgl. oben § 24 S. 48 ff.

51. genommen wird, einen Schaden. Die Veranlassung zu diesem giebt Titius durch seine Weigerung, als Beklagter den Eigenthumsprozeß zu übernehmen. In dem Fall aber, wo Jemand ein früher gegebenes Versprechen nicht hält und dadurch dem Gegner einen positiven Vermögensnachtheil verursacht, wird häufig die actio doli zugelassen.[1] Demgemäß entscheidet auch hier Labeo, daß Caius gegen Titius die actio doli anstellen könne. Dabei ist klar, daß der Dolus des Letzteren lediglich darin zu suchen ist, daß er sich weigert, dasjenige, was an ihm liegt, zu thun, um von dem Caius einen Vermögensnachtheil abzuwenden, zu dem er durch die unvollständige Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeiten die Veranlassung gegeben hat. Die Entscheidung des Labeo ist von seinem Standpunkt aus vollkommen richtig: zu seiner Zeit war die Theorie von den Innominatcontracten noch in ihren Anfängen und er konnte mit beßtem Wissen und Gewissen sagen, daß es keine andere Klage als die actio doli gebe, mit welcher dem Caius geholfen werden könne. Spätere Juristen versuchten, ob sich der Fall nicht noch von einer anderen Seite betrachten lasse, um die ihrer infamirenden Natur wegen so wenig begünstigte, subsidiäre actio doli zu entfernen. Diesen bot sich die unterdessen ausgebildete Lehre von den Innominatcontracten als willkommene Aushülfe dar. Der Vertrag zwischen Caius und Seius war wohl, wie es bei Rechtsgeschäften, die im Leben häufig vorkommen, zu geschehen pflegt, ohne scharf juristisch gefaßt zu werden, abgeschlossen worden. Von Labeo war derselbe so interpretirt worden, wie oben von uns. Er nahm dem ursprünglichen Willen der streitenden Theile gemäß an, daß Caius in seinem und des Titius Namen dem Seius mandirt und bei demselben deponirt habe; daß nach Ausführung des Verkaufs noch zwei resolutiv bedingte obligationes mandati existirten und daß aus der Obligatio zwischen Caius und Seius erst dann mit der actio (mandati) sequestraria geklagt werden könne, wenn dieselbe zur unbedingten geworden sei. Bei dieser

[1] Ulpian. Fr. 34 (35) de dolo mal. (4. 3). Pomponius Fr. 16 (17) § 1 de praescript. uerb. (19. 5).

Interpretation des Rechtsgeschäfts zwischen Caius und Seius 51. hätte man auch stehen bleiben müssen, wenn noch Jemand vorhanden wäre, der ein Recht daraus ableitete, daß Caius in seinem und im Namen des Titius deponirt habe. Da aber Titius so handelte, daß es nicht zweifelhaft war, er reflektire durchaus nicht auf die von Caius in seinem Namen mit Seius abgeschlossene bedingte Obligation, ließ sich das Geschäft zwischen Caius und Seius wohl auch so auffassen, als habe der Erstere bloß in eigenem Namen die Sache hingegeben mit der Bestimmung, der Kaufpreis solle nach dem Eintritt oder Nichteintritt einer gewissen Bedingung ihm oder dem Titius ausgehändigt werden. Die Perfection dieses Vertrags war in den Moment der Hingabe der Sache zu legen und so konnte man ihn, ähnlich wie den Vertrag in Fr. 18 de praescript. uerb. (19. 5), als Innominatcontract mit der Grundformel: do ut facias et Titio des si uictor erit, aut mihi si Titius uictor non erit betrachten. Da nun aber durch die Weigerung des Titius, die Beklagtenrolle im Eigenthumsprozeß zu übernehmen, gewiß geworden ist, daß derselbe nie Sieger sein werde, ist der Fall eingetreten, wo der Kaufpreis des Oels dem Caius zurückgegeben werden muß. So entscheidet sich denn Pomponius von seinem Standpunkt aus dafür, daß Caius mit der actio praescriptis uerbis gegen Seius klagen könne und daß deshalb die actio doli gegen Titius nur in dem Fall anwendbar, wenn Seius insolvent sei und so Caius mit der actio praescriptis uerbis nicht zu dem Seinigen kommen könne. Diese Entscheidung wird von Ulpian, wie natürlich, gebilligt.[1])

---

[1]) Zu welchen gewaltsamen oder abgeschmackten Mitteln man früher seine Zuflucht nehmen zu müssen glaubte, um die oben behandelte Stelle zu erklären, s. z. B. bei Ulric. Huber, Eunomia Rom. p. 182 sq.

b) Sequestration des Streitobjects auf richterlichen Befehl.

α) Aelteste Zeit.

§ 52.

52. Spuren einer durch den Magistrat angeordneten Sequestration finden sich schon in früher Zeit. Im Mercator des Plautus (Act. IIII sc. 3) entspinnt sich zwischen Lysimachus und seiner eifersüchtigen Frau Dorippa, welche, unerwartet vom Land zurückgekehrt, die Sclavin Acanthio in ihrem Haus gefunden hat, folgendes Gespräch:

uu. 20 sqq.:

Do. Quoia illa mulier intus est? Ly. Vidistine eam?
Do. Vidi. Ly. Quoia ea sit, rogitas? Do. Resciscam tamen:
Cupio hercle scire; sed tu me tentas sciens.
Ly. Vin' dicam quoia est? illa, illa edepol! Vae mihi,
Nescio quid dicam. Do. Haeres? Ly. Haud uidi magis.
Do. Quin dicis? Ly. Quin, si liceat. Do. Dictum oportuit.
Ly. Non possum, ita instas: urges quasi pro noxio.
Do. Scio, innoxius. Ly. Audacter quamuis dicito.
Do. Dic igitur. Ly. Ego dicam. Do. Atqui dicundum est tamen.
Ly. Illa est; num etiam uis nomen dicam? Do. Nihil agis.
Manifesto teneo, in noxia es. Ly. Qua noxia?
Ista quidem illa est —. Do. Quae illa est? Ly. Illa —.
Do. Iohia!
Ly. Iam si nihil usus esset, iam non dicerem.
Do. Non tu scis, quae sit illa? Ly. Imo etiam scio:
De istac sum iudex captus. Do. Iudex? iam scio:
Huc tu in consilium istam aduocauisti tibi.
Ly. Imo sic sequestro mihi data est. Do. Intellego.
Ly. Nihil hercle istius quicquam est. Do. Numero purgitas.
Ly. Nimium negotii reperi; enim uero haereo.

Das letzte Auskunftsmittel des Lysimachus ist, sich darauf zu berufen, er sei im Prozesse über die Acanthio zum iudex ernannt und diese sei bei ihm sequestrirt worden. Daß Plautus dabei an einen wirklichen iudex im Prozeß, nicht an einen arbiter denkt — den er mitunter wohl auch iudex nennt —, zeigt sich

in der folgenden (vierten) Scene, wo Dorippa durch das Herbei- 52. schaffen von Speisen zu einer vor ihrer Zurückkunft zwischen Lysimachus und seinem Nachbar, dem Liebhaber der Acanthio, verabredeten Schmauserei zu der Frage veranlaßt wird:

uu. 11 sq.

— — Do. Quid ais tu? etiamne haec illi tibi
Iusserunt ferri, quos inter iudex datus?

Dabei kann iudex datus offenbar nur einen im Prozeß vom Magistrat bestellten Richter bedeuten. Plautus hat also jedenfalls einen Eigenthumsprozeß im Sinn, wo der Streitgegenstand (die Sclavin) sequestrirt, und zwar bei dem ernannten iudex sequestrirt worden ist. Man könnte nun hier wohl meinen, daß die Parteien, ohne vom Magistrat aufgefordert zu sein, die streitige Sache nach Ernennung des iudex bei diesem aus eigenem Antrieb sequestrirt hätten. Vergegenwärtigen wir uns aber den Gang des Verfahrens in iure bei der legis actio sacramento, so wird sich zeigen, daß Plautus — zu dessen Zeit unzweifelhaft Eigenthumsprozesse in dieser Form eingeleitet wurden — an eine derartige Sequestration kaum gedacht haben kann. Gaius[1]) und andere Schriftsteller erwähnen als einen Hauptbestandtheil der legis actio sacramento in rem das uindicias dicere, das Ordnen des Besitzes für die Dauer des Prozesses.[2]) Einer der Litiganten wurde vom Prätor als Besitzer des Streitgegenstands anerkannt.[3]) Hierdurch erst waren die Parteirollen vertheilt und dem Besitzenden die Stellung des Beklagten gegeben. Wenn nun aber derjenige, zu dessen Gunsten vom Prätor die uindiciae geordnet waren, praedes litis et uindiciarum gestellt, somit den Gegner wegen seiner etwaigen Ansprüche vollkommen gesichert hatte, so müßte er seltsamen Sinns gewesen sein, wenn er auch der Zumutung des

---

[1]) IIII. 16.

[2]) Vgl. außer GAIUS: LIVIUS III. 44 sqq. 47. 56 sqq. und POMPONIUS Fr. 2 § 24 d. O. I. (1. 2). FESTUS u. uindiciae (Cod. Farn. p. 196). PSEUDO-ASCONIUS ad CIC. in Verrem II. 1, 45 § 115. VARRO De L. L. VI. 74 (ed. MUELLER p. 102). VALER. PROBUS § 4. P. P. L. V.

[3]) Keller, Röm. Civilprozeß § 14 S. 55. § 15 S. 59. Vgl. auch § 7 S. 28.

52. Letzteren, das Streitobject zu noch größerer Sicherheit einem Sequester einzuhändigen, nachgegeben hätte. Dadurch wäre von ihm nicht nur auf das ihm ertheilte Recht, die Sache während der Dauer des Prozesses zu besitzen, verzichtet worden, sondern er hätte sich auch der Gefahr ausgesetzt, für etwaigen Dolus oder Verschulden des Sequester insofern einstehen zu müssen, als seine durch praedes gesicherte Verpflichtung, die Sache im Condemnationsfall zu restituiren rc., trotz der Sequestration fortbestanden hätte. Uebrigens konnte auch dem Gegner, da er durch die praedes schon hinlänglich und besser, als es durch die Sequestration geschehen konnte, sichergestellt war, an der Letzteren gar nichts liegen.

§ 53.

Wenn also Plautus an eine Sequestration des Streitobjects bei der legis actio sacramento denkt, so ist es nach dem eben Ausgeführten wohl unzweifelhaft, daß er damit nicht eine nach der Litiscontestation von den Parteien ohne Zuthun des Richters beliebte sequestratio custodiae causa meint.[1]) Welchen Platz aber findet unsere Sequestration sonst in dem Prozeß der legis actio sacramento in rem? Wenn überall Ordnen der uindiciae und Bestellung von praedes litis et uindiciarum nötig war und ausreichte, wozu da überhaupt noch Sequestration? Nach dem, was bis jetzt über die legis actio sacramento bekannt, ist es allerdings schwierig, eine Antwort auf diese Frage zu finden und ich gehe nur mit Zögern daran, hier eine Meinung auszusprechen, welche der Ueberlieferung zwar nicht geradezu widerspricht, aber auch durch dieselbe nirgends ausdrücklich unterstützt wird.

Erst neuerdings ist durch den glücklichen Fund der Stadtrechte von Salpensa und Malaca[2]) uns Aufschluß gegeben worden

[1]) Vgl. unten § 77.

[2]) Erst während des Drucks des Obigen kam mir E. Laboulaye, Les tables de bronze de Malaga et de Salpesa. Paris 1856, zu Händen. Es haben mich aber die dort ausgeführten Gründe nicht von der Unächtheit der fraglichen Stadtrechte zu überzeugen vermocht. Zu meinem Vergnügen sehe ich auch, während ich das Vorstehende der letzten Revision unterwerfe, die Erklärung von W. Henzen (in der Beilage zu Nr. 71 der Allgemeinen Zeitung [11. März 1856]) gegen Laboulaye.

über die eigenthümliche Verpflichtung der praedes. Schon früher 53. hat man, wie es auch bei den ausdrücklichen Zeugnissen von Juristen und Grammatikern nicht anders möglich war[1]), erkannt, daß Caution durch praedes praediaque nur dem Staat, nicht auch Privatleuten gegenüber bestellt werden konnte.[2]) Im Uebrigen aber war man auf Vermutungen angewiesen. In dem Stadtrecht der latinischen Gemeinde Malaca aber kommen nun zwei Cautionen vor: 1. Diejenige der öffentlichen Cassabeamten, von welchen schon bei ihrer Wahl Sicherheit bestellt werden mußte, „pecuniam communem saluam fore"; 2. diejenige der Pächter von Gemeindegefällen und der Uebernehmer von Gemeindebauten für ihre Verpflichtung aus der locatio conductio. Beide Cautionen geschehen praedibus praediisque[3]) und über die obligatio praedum praediorumque findet sich folgende merkwürdige Stelle[4]):

R(ubrica). De obligatione praedum praediorum cognitorumque.

LXIIII. Quicumque in municipio Flauio Malacitano in commune municipum eius municipi praedes facti sunt erunt, quaeque praedia accepta sunt erunt, quique eorum praediorum cognitores facti sunt erunt: ii omnes et quae cuiiusque eorum tum [fuerunt] erunt, cum praees cognitorue factus est erit, quaeque postea esse, cum ii obligati esse coeper[u]nt, c[o]eperint, qui eorum soluti liberatique non sunt non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt, eaque omnia, [quae] eorum soluta liberataque non sunt non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt, in commune municipum eiius municipii item obligati obligat[a]que sunto, uti ii e[a]ue p(opulo) R(omano) obligati obligataue essent, si aput eos, qui Romae aerario praes-

---

[1]) VARRO De L. L. V. 40; VI. 74 (Ed. MUELL.). FESTUS uu. praes und manceps. Auch GAIUS II. 61 ist zu beachten. Vgl. Th. Mommsen, die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca. Leipz. 1855 S. 467 Not. 31.

[2]) Huschke, Nerum S. 51. 66. Derselbe in Richter's und Schneider's Jahrbüchern Jahrg. 10 (Bd. 5) S. 605. Derselbe in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 268. Bachofen, Pfandrecht S. 217 u. Andere.

[3]) Aes Malac. LX und LXIII sqq. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 466.

[4]) Ich gebe den berichtigten Text, wie er sich in Mommsen's „Nachtrag" zu den Stadtrechten (Leipz. 1855) findet.

53. sent ii praedes i[i]que cognitores facti eaque praedia subdita subsignata obligataue essent. Eosque praedes eaque praedia eosque cognitores, si quit eorum, in quae cognitores facti erunt, ita non erit, qui quaeue soluti liberati soluta liberataque non sunt non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt, II uiris, qui ibi i(ure) d(icundo) praerunt, ambobus alter[i]ue eorum ex decurionum conscriptorumque decreto, quod decretum cum eorum partes tertiae non minus quam duae adessent factum erit, uendere legemque his uendundis dicere ius potestasque esto; dum ea[m] legem is rebus uendundis dicant, quam legem eos, qui Romae aerario praeerunt, e lege praediatoria praedibus praedisque uendundis dicere oporteret, aut, si lege praediatoria emptorem non inueniet, quam legem in uacuom uendendis dicere oporteret; et dum ita legem dicant, uti pecunia MINFORE municipi Flaui Malacitani referatur luatur soluatur. Quaeque lex ita dicta [e]rit, iusta rataque esto.

R(ubrica) Vt ius dicatur e lege dicta praedibus et praedis uendundis.

LXV. Quos praedes quaeque praedia quosque cognitores II uiri municipii Flaui Malacitani h(ac) l(ege) uendiderint, de iis quicumque i(ure) d(icundo) pr(aeerit), ad quem de ea re in ius aditum erit ita ius dicito iudiciaque dato, ut ei, qui eos praedes cognitores ea praedia mercati erunt, praedes socii heredesque eorum [i]que, ad quos ea res pertinebit, de is rebus agere easque res petere persequi reote possit.

Th. Mommsen[1]) hat nun mit diesen Stellen dasjenige, was sonst von der obligatio praedum praediorumque bekannt war, glücklich combinirend in überzeugender Weise dargethan:

1. Daß es für die Stellung der praedes praediaque besondere Formen nicht gab[2]), daß vielmehr „die Autorisation (zu dem Geschäft) in dem Legalcharakter desselben (zu) suchen ist, d. h. in der dabei stattfindenden Mitwirkung des Magistrats";

---

[1]) A. a. O. S. 468 ff.

[2]) Bestritten von Dernburg in der (Heidelberger) Kritischen Zeitschrift Bd. 3 S. 82.

2. daß zwar auch das prädiatorische Recht an dem Satz fest- 53. hält, jede gerichtliche Satisdation sei in erster Linie durch Bürgen zu erbringen, daß aber jene Sicherheit insofern eine dingliche ist, „als die Bürgen ansässige Leute sein, auch die ihnen zuständigen Grundstücke in vollem Römischen Eigenthum stehen und dem Beamten ausdrücklich declarirt werden müssen (praedia subdere subsignare obligare)". „Sind diese Bürgen", fährt Mommsen fort[1]), „gehörig der Gemeinde gegeben und vom Magistrat angenommen, so geht nun, falls die Bedingung, worauf die Bürgschaft lautet, überhaupt eintritt, die Gemeinde nicht an den Hauptschuldner, sondern unmittelbar an den praes; ja es geht dieß so weit, daß sogar der Hauptschuldner, wenn er will und der Magistrat ihn zuläßt, selber als praes haften kann. Wenn nun aber zur Rechtsverfolgung gegen den praes geschritten wird, so geschieht dieß nicht, wie man meinen möchte, durch Anrufung der Gerichte und Erwirkung der Execution, sondern der Gläubiger veranstaltet sofort den Verkauf des praes selbst mit seiner gesammten Habe, mochte sie zur Zeit des Contractsabschlusses schon von ihm besessen oder später erst erworben sein."

Dieß war das prädiatorische Recht, wie es noch zu Domitian's Zeiten auch in Rom bestand.[2]) Die demselben eigenthümlichen Milderungen berühren uns hier weniger, weshalb ich rücksichtlich derselben lediglich auf Mommsen[3]) verweise.

Ich bin nun überzeugt, daß die Verhaftung der praedes litis et uindiciarum keine andere war, als die geschilderte der praedes überhaupt. Ueber die entgegenstehenden Stellen bei Gaius kann ich mich erst unten[4]) auslassen und muß daher vorerst jenen Satz ohne Beweis hier aufstellen.

Wenn aber die Verhaftung der praedes litis et uindiciarum eine so strenge war, so bliebe es höchst wunderbar, wenn überall und in jedem Eigenthumsprozeß auch für liederliche, unsolide und

[1]) A. a. O. S. 471 f.
[2]) Mommsen a. a. O. S. 466 vgl. mit S. 389 ff.
[3]) A. a. O. S. 473 ff.
[4]) S. unten § 55 S. 139 ff.

53. unbegüterte Beklagte sich praedes gefunden hätten. Für den Fall nun, wo nur die eine Partei nicht im Stande war, praedes aufzutreiben, ließe sich der Ausweg denken, daß der Gegner, sobald er praedes beibrachte, die uindiciae erhalten habe. Dafür spricht die Analogie des Verfahrens im späteren Formularprozeß.[1]) Wie aber, wenn keine der Parteien es vermochte, praedes zu stellen? Da mußte ein außerordentlicher Weg betreten werden, um die Ansprüche beider Theile zu sichern. Durch die Ertheilung der uindiciae an den Einen würde der Andere zu sehr gefährdet worden sein; Beiden zusammen aber konnte der Besitz auch nicht gegeben werden: es blieb daher nichts übrig, als entweder die Sache im richterlichen Gewahrsam zu behalten — woran bei der Einrichtung des alten Gerichtswesens nicht wohl gedacht werden kann —, oder aber sie einem Dritten, einem Sequester während der Dauer des Prozesses zur Bewahrung mit der Verpflichtung zu überantworten, sie dem dereinstigen Sieger zu restituiren. Daß Sequestrationen mit dieser Bestimmung zur Zeit des Plautus vorkamen, beweist das folgende aus der Vidularia gebliebene Fragment[2]):

— — — — — — — —

Ego seruabo, quasi sequestro detis: neutri reddibo, donicum
Res iudicata erit haec.
Haud fugio sequestrum
— — — — — — — —
Nunc, ut apud sequestrum, uidulum posuimus.

§ 54.

Um aber meiner Behauptung einen weiteren Halt zu geben, muß ich etwas näher eingehen auf die legis actio sacramento überhaupt. Dabei bemerke ich von vorne herein, daß ich zunächst nur die legis actio sacramento in rem bei streitigen Mobilien ins

[1]) S. unten § 60. Vgl. auch Wetzell, der Röm. Vindicationsprozeß. Leipzig 1845 S. 20.
[2]) Ausg. von Schmieder p. 883.

Auge fasse, indem ich, wie schon oben[1]) erwähnt, Differenzen über 54. bewegliche Habe für die ältesten halte und daher annehme, daß hierfür zuerst eine Prozeßform ausgebildet worden sei, welche später das Muster für das Verfahren beim Rechtsstreit über Immobilien und auch beim Streit über persönliche Rechte abgab.

Seit Keller's klassischer Ausführung[2]) ist es die herrschend gewordene Meinung, daß der Einsatz der summa sacramenti aufzufassen sei als eine Art Prozeßwette zwischen den Parteien, ganz ähnlich der Prozeßwette bei der späteren in rem actio per sponsionem praeiudicialem. Dieser Ansicht ist zuerst Stintzing[3]) entgegengetreten. Namentlich macht er darauf aufmerksam, daß es eine prouocatio *ad* sacramentum gar nicht gebe, sondern daß die Worte „sacramento te prouoco" zu übersetzen seien: „ich fordere, rufe Dich auf durch sacramentum." Danach würde jene prouocatio nur als das Mittel erscheinen, „durch welches man die Gegner wirksam zum Rechtsstreit aufruft und sich selbst den Rechtsweg eröffnet."[4]) Nun läßt sich dagegen wohl geltend machen, daß: „ich fordere Dich auf durch sacramentum", der Gegenseitigkeit wegen wenn auch nicht den Worten, so doch dem Sinn nach heißen kann: „ich fordere Dich auf zum sacramentum"[5]), wie denn auch mit Bezug auf eine wirkliche Wette etwas Aehnliches vorkommt, indem das Horazische

Crispinus minimo (Bentleius: nummo) me prouocat[6])

---

[1]) Vgl. § 4 S. 8 f.

[2]) Litiscontestation und Urteil S. 189 ff. Vgl. auch Keller, Röm. Civilprozeß § 13 S. 47 ff. besonders S. 50.

[3]) Ueber das Verhältniß der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis. Heidelberg 1853.

[4]) A. a. O. S. 7 ff.

[5]) Dieß kommt auf dasselbe hinaus, was Keller in der 2. Aufl. seines Röm. Civilprozesses § 13 S. 48 Not. 195 gegen Stintzing bemerkt hat. Allein auch so wird, wie oben im Text ausgeführt ist, kein Beweis für die Wette erbracht.

[6]) Horat. Satyr. I. 4, 14. Wie Römer in der (Münchener) Kritischen Ueberschau Bd. 2 S. 354 diese Worte, ohne zu unserem Medium seine Zuflucht zu nehmen, übersetzen kann: „Crispinus fordert mich zum Einsatz eines Minimum auf", ist mir wenigstens unbegreiflich.

54. wohl so zu erklären ist, daß Crispinus durch den Einsatz seinen Gegner zum Gegeneinsatz provocirt. Somit könnte das sacramento prouocare wohl so viel bedeuten als: „ich fordere dich durch Einsatz des sacramentum zum sacramentum auf.“ Allein wo liegt da der Beweis, daß in dem sacramento prouocare eine Prozeßwette der Parteien enthalten sei? Denn wollte man sagen: Bei Wetten kommt es vor, daß durch den Einsatz zum Gegeneinsatz provocirt wird; bei dem sacramento prouocare wird nun durch Einsatz des sacramentum zum Gegeneinsatz des sacramentum provocirt; folglich ist das sacramento prouocare eine Wette: so liegt das Trügerische dieses Schlusses klar am Tag. Dafür aber, daß in dem sacramento prouocare keine Wette enthalten, liegen der Gründe genug vor. An eine eigentliche sponsio ist zunächst gar nicht zu denken. Wollte man es aber mit Bekker[1]) als ein „Streiten mit eingesetzten Pfändern“ (pignore certare) betrachten, so ließe sich nicht leicht erklären, wie das sacramentum des unterliegenden Theils dem Aerar zufallen konnte, denn ein Pfand für die Wette setzt man doch nur dann ein, wenn man das dagegen gesetzte Pfand als Siegespreis zu erlangen hofft, und es wäre eigenthümlich, wenn, wie Bekker meint, dem Entscheider der Wette der Wettpreis, auf welchen der Sieger hoffen konnte, als Lohn ganz überlassen worden wäre. Der Umstand aber, daß von dem Unterliegenden die summa sacramenti an den Staat verloren wurde, kann uns der Wahrheit einen Schritt näher bringen. Jede der Parteien tritt im Eigenthumsprozeß vor dem an Stelle des Staats sitzenden Prätor mit der Behauptung auf, sie sei Eigenthümerin der streitigen Sache. Der Staat kann nun verlangen, daß der seine Hülfe in Anspruch Nehmende und dadurch zeitraubende Verhandlungen Veranlassende von der Existenz des geltend zu machenden Rechts fest überzeugt sei und schon vorher bei sich überlegt habe, ob wohl sein Vorbringen der Wahr-

[1]) Prozessual. Consumption S. 30. Den Gedanken von Bekker hat schon Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 199 ausgesprochen, wenn er sagt: „das sacramentum — ist ein pignus mit einem commissorischen Vertrag zu Gunsten des Sequester.“

heit entspreche oder nicht. So war es billig, wenn der Staat 54.
forderte, daß ihm von Jedem der Litiganten für den Fall, daß derselbe jener Pflicht nicht oder nicht gehörig nachgekommen sei, eine Strafe versprochen und dieses Versprechen durch sofortige Deposition der Straffumme in sacro gesichert werde. Die Qualität der summa sacramenti als poena erkennen auch die Römer ausdrücklich an:

Gaius Institutt. IIII. 13:

— nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat — —

Festus s. u. sacramentum (Cod. Farn. p. 152):

Sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur.

Pseudo-Asconius ad Cic. or. in Verr. II. 1, 9 § 26:

— Namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent — —.[1])

Es läßt sich demnach behaupten: der Magistrat nahm keinen Prozeß an, ohne daß jede Partei ihre Behauptung dadurch bekräftigte, daß sie die summa sacramenti[2]) einsetzte, oder versprach und sich verpflichtete, jene Summe dem aerarium zu überlassen, wenn ihre Behauptung eine falsche sei. Hierdurch entstand zwischen Jedem der Litiganten und dem Staat eine bedingte Obligation, in welcher der Staat Gläubiger, die betreffende Partei

[1]) Als „Buße" faßt auch Huschke, Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniß seiner Institutionen. Leipzig 1855 S. 166, das sacramentum auf, nur in etwas anderer Weise: als Buße einer öffentlichen Rechts- und Friedensstörung.

[2]) Ich muß übrigens der Behauptung Stintzing's a. a. O. S. 10 widersprechen, wonach das Wort sacramentum in seiner ursprünglichen Bedeutung nichts als ein Mittel zur Weihe, das medium, durch welches man weiht, bedeuten soll, so daß das Prozeßsacramentum für jede Partei als ein Act der Weihe das Mittel wäre, um sich den Rechtsweg zu öffnen. Aber sacramentum (von sacrare) bedeutet nach der Analogie von ornamentum [ornare], uelamentum [uelare], alimentum [alere] nicht sowohl ein Mittel oder einen Act der Weihe, als etwas, was der Weihe oder vielmehr dem Heiligen dient, und dieß paßt ganz gut, da wir bei Festus u. sacramentum (Cod. Farn. p. 153) lesen: „— Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerarii inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur id in rebus diuinis."

Schuldner war. Die Verpflichtung eines Jeden der streitenden Theile zur eventuellen Leistung der poena wurde in älterer Zeit gesichert durch sofortige Deposition der Strafsumme in sacro[1]), was entschieden mit der oben geschilderten uralten Sitte des pignus ponere in Zusammenhang steht, ja als ein solches dem Staat gegenüber geradezu aufgefaßt werden kann. Später wurden dem Prätor praedes für die summa sacramenti bestellt.[2]) Dieß deutet nach dem oben über die praedes Mitgetheilten entschieden darauf hin, daß die eventuelle Verpflichtung zur Zahlung jener Summe nur dem Staat gegenüber bestand. Zugleich aber wird erklärlich, warum nirgends einer besonderen Stipulation der summa sacramenti erwähnt wird, da ja bei der Bestellung von praedes die Hauptobligation, für welche man Sicherheit erzielte, ganz in den Hintergrund trat und überhaupt nicht in die Form einer stipulatio gekleidet wurde.[3]) In der Bestellung der praedes ist der Act zu suchen, wodurch die Obligatio zur Bezahlung der poena sacramenti dem Staat gegenüber eingegangen wurde[4]), während dieß in älterer Zeit durch Hinterlegung eines Pfands bei einem Sequester, also auch so, daß eine förmliche Stipulation unnütz gewesen wäre[5]), geschehen war. Dabei muß ich nun aber behaupten, daß die praedes sacramenti nicht, wie es nach der Darstellung des Gaius der Fall zu sein scheint, erst nach dem Ordnen der uindiciae und nach Bestellung der praedes litis et uindi-

[1]) Varro De L. L. V p. 180. (Ed. Mueller.)

[2]) Gaius IIII. 13 und 16.

[3]) Mommsen, Stadtrechte S. 469 und 471 und daselbst namentlich Not. 41: „Am klarsten zeigt sich dieß im Eigenthumsprozeß, wo der Kläger, wenn er gesiegt hatte und der Beklagte dennoch die Sache zurückhielt, gar gegen diesen nicht klagen konnte, sondern nur gegen die praedes litis et uindiciarum (Gaius IIII. 16 und 94). Aber auch sonst ist es klar, daß das praedes dare der Zahlung vollständig gleichsteht und den Schuldner befreit." Vgl. auch Keller, Röm. Civilprozeß § 13 S. 48 Not. 19.

[4]) Durch das, was wir nun über die Verpflichtung der praedes wissen, erledigt sich vollständigst dasjenige, was Römer in der (Münchener) Kritischen Ueberschau Bd. 2 S. 355 ff. für einen besonderen Act der Sacramentsbestellung (neben der Bestellung von praedes) vorbringt.

[5]) S. oben § 11.

ciarum gegeben wurden, sondern daß dieß sofort nach der prouocatio sacramento geschah. Gaius[1]) giebt eine besondere Darstellung der legis actio sacramento in rem nur bis zur gegenseitigen Provocation. Dann fährt er fort: 54.

— deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur; postea Praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum id est rei et fructuum. Alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastae loco *etc.*

Was in dem „eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur" enthalten ist, wissen wir nicht, da uns leider die Darstellung der legis actio sacramento in personam bei Gaius verloren ist. Recht wohl kann aber dort erzählt sein, daß die Bestellung der praedes sacramenti nach der prouocatio sacramento erfolgte und es kann dagegen nicht aufgeführt werden, Gaius führe ja die praedes sacramenti ausdrücklich erst nach dem Ordnen der uindiciae an, denn die chronologische Darstellung der legis actio sacramento in rem schließt mit der Erwähnung der Bestellung der praedes litis et uindiciarum ab und es folgen nun noch einzelne erläuternde Bemerkungen zu dem schon Vorgetragenen, was sich ganz deutlich darin zeigt, daß nochmals auf die festuca zurückgegangen und daß nun weiter erläutert wird, wie die streitige Sache selbst vor den Prätor gebracht werden mußte. Auch die Worte deuten darauf hin: denn nach deinde — postea läßt man nicht autem folgen, um etwas der Zeitfolge nach später Kommendes anzufügen. Das autem dient eher dazu, um einen Gegensatz, durch welchen das Vorhergehende deutlicher gemacht wird, einzuleiten: es soll hervorgehoben werden, daß die praedes sacramenti lediglich zum Vortheil des aerarium bestellt wurden, während die praedes litis et uindiciarum indirect zur Sicherung derjenigen Partei dienten, welche die uindiciae nicht erhalten hatte. Ich

[1]) IIII. § 16.

54. habe daher kein Bedenken getragen, die Interpunction der Stelle so zu ändern, wie oben zu ersehen ist.

Nach Allem aber erhellt, wie das „sacramento te prouoco" keineswegs als Aufforderung an den Gegner, eine gleiche Summe einzusetzen, aufzufassen ist, sondern vielmehr als eine Bestärkung der eigenen Vindication: „indem ich die auf leichtsinniges Prozessiren gesetzte Strafe, das sacramentum, einsetze und riskiren will, provocire ich Dich *scil.* ad litem."[1])

§ 55.

Gehen wir nunmehr darauf über, das ganze Ritual der legis actio sacramento zu betrachten, so wird sich zeigen, wie dasselbe durch meine Annahme einen besseren Zusammenhang und tieferen Sinn erhält.

1. Feierliche Rechtshandlungen pflegen nicht zufällig, sondern indem sie sich an die im Leben und im Verkehr bestehenden Sitten anschließen, zu entstehen. Nun wissen wir, daß es uralter Römischer Brauch war, beim Streit über Mobilien die Sache einem Schiedsrichter, dem sequester, zu geben mit der Bestimmung, sie demjenigen zu restituiren, dem sie gehöre. Als ein geordnetes Gerichtsverfahren eingeführt wurde, schloß man sich dieser Sitte an. Der einzige Unterschied ist, daß jetzt nicht ein durch die Parteien frei erwählter Schiedsrichter, sondern in allen Fällen ein Vertreter des Staats, der Magistrat, die Streitsache als Sequester übernimmt und daß ein publicistisches Element in den Prozeß kommt, nämlich die Sorge um Erhaltung des öffentlichen Friedens, der Ruhe und Ordnung, welche dem Staat obliegt.

Vor dem Magistrat erscheinen die Parteien, die Sache mit sich führend, sie stellen ihren Streit dar, indem Jeder die Herrschaft über die Sache für sich in Anspruch nimmt und symbolisch andeutet, er sei gewillt, sein Recht nötigenfalls mit körperlicher Gewalt zu vertheidigen. Der Prätor erläßt nun an Beide den Befehl, den öffentlichen Frieden zu erhalten und deshalb die beanspruchte factische Herrschaft über die Sache aufzugeben (Mittite

---

[1]) Aehnlich wie prouocare aliquem ad pugnam. Cic. Tusc. IIII c. 22.

AMBO HOMINEM), mit anderen Worten: die uia facti zu verlassen und 55. die uia iuris zu betreten. Sobald die Parteien den Streitgegenstand fahren lassen, geben sie Beide den Besitz desselben symbolisch auf: der Zustand der Ruhe ist eingetreten, damit aber nicht der Zweifel gehoben. Deshalb kann auch jener Zustand nur ein provisorischer sein, um so mehr als es nicht in der Absicht des Staats liegt, die Sache auf die Dauer zu einer herrenlosen zu machen. Vielmehr muß der Magistrat selbst das augenblicklich ohne Besitzer sich befindende Streitobject übernehmen und damit die Pflicht, dasselbe dem wahren Eigenthümer zurückzugeben.

An die Stelle des freiwilligen Abstehens von der Gewalt und der freiwilligen Uebergabe der Sache an den Schiedsrichter tritt also in dem Ritual der legis actio sacramento gleichsam Intervention des Staats in den seine Ruhe störenden Streit und der Befehl, die Streitsache dem Richter auszuantworten, bis dieser sie dem Eigenthümer restituiren kann.

2. Aber darzuthun, wer der wahre Eigenthümer sei, ist nicht die Sache des Staats, sondern die der Parteien. Es kommt daher nun die Sache in ein neues Stadium. Der nächste Versuch, welchen die angreifende Partei zu diesem Behuf macht, ist der, daß sie den Gegner zum Prozeß provocirt und dabei das Ernstliche und Wohlüberlegte ihres Schritts dadurch kundgiebt, daß sie sich erbietet, die Strafsumme, welche der Staat auf ungegründete Rechtsbehauptungen vor seinem Vertreter gesetzt hat, zu riskiren. Ein Gleiches geschieht auch von dem Gegner[1]) und darauf erfolgt

3. die Deposition der summa sacramenti oder, wie es in späterer Zeit Sitte wurde, die Bestellung von praedes für dieselbe. Wie dieses aufzufassen, wurde oben dargethan. Natürlich ist es nun, daß die so zwischen dem Staat und den einzelnen Litiganten entstandenen Obligationen es zunächst sind, an welche das weitere prozessualische Verfahren sich anknüpft. Es muß entschieden werden, welcher der beiden Litiganten die eingesetzte Summe an den Staat verloren habe (utrius sacramentum

---

[1]) Dazu passen die von Dernburg in der (Heidelberger) Kritischen Zeitschr. Bd. 1 S. 468 angestrittenen Worte: „SIMILITER EGO TE" ganz vortrefflich.

55. iustum sit, utrius iniustum).[1] Dieß thut aber der Staat, oder vielmehr sein Repräsentant, der Prätor, der ja dem Einzelnen gegenüber gewissermaßen Partei ist, nicht selbst, sondern es wird die Entscheidung einem dritten unparteiischen Richter überlassen, gerade so wie später bei der extraordinaria cognitio für die Entscheidung einzelner Fragen, von welchen das Urteil abhing, ein Privatrichter bestellt wurde (vgl. unten Beilage III).[2]

4. Deshalb schloß sich an die prouocatio sacramento und die Deposition der summa sacramenti *resp.* die Bestellung von praedes für dieselbe als Fortsetzung der prouocatio ad litem die gegenseitige Aufforderung der Parteien, an einem bestimmten Tag vor den Decemvirn, Centumvirn, oder seit der lex Pinaria am dreißigsten Tag ad iudicem capiendum wieder vor dem Prätor zu erscheinen, an. Damit konnte das Verfahren in iure eigentlich schließen. Denn sobald der iudex entschieden hat, „utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit", weiß der Prätor, wessen Behauptung die wahre, wessen die unrichtige war. Er müßte also jetzt die Sache, welche er durch den Befehl MITTITE AMBO HOMINEM als Sequester übernommen hatte, an denjenigen, cuius sacramentum iustum erat, wieder herausgeben. Allein da die Bewahrung der Sache durch das Gericht selbst bei der alten Gerichtsverfassung nicht gut möglich war, indem ja die meisten Dinge, um die es sich handeln konnte, der Beaufsichtigung, ökonomischen Pflege, Wartung rc. bedurften, gab der Prätor

5. einer der Parteien für die Dauer des Prozesses den Besitz und ließ zugleich praedes litis et uindiciarum von demjenigen, zu

---

[1]) Aehnlich Huschke, GAIUS S. 166.

[2]) Mit der obigen Annahme vertragen sich die gewöhnlich für die pronunciatio: „utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit" angeführten Stellen (CIC. Pro Caec. c. 33; De oratore I. 10, 42; Pro domo c. 29; Pro Milone c. 27; ARNOBIUS aduersus gentes IIII. 16) recht wohl. Ich enthalte mich einer genaueren Betrachtung dieser Stellen, indem ich auf Dernburg in der (Heidelberger) Kritischen Zeitschrift Bd. 1 S. 462 ff., Stintzing a. a. O. S. 32 ff. und rücksichtlich der Stelle aus CIC. Pro Caec. auf Stahl, Ueber das ältere Röm. Klagenrecht, München 1827 S. 28 verweise.

dessen Gunsten die uindiciae geordnet waren, bestellen. Gaius[1]) 55. sagt nun zwar ausdrücklich:

— —; postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, i. e. interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat, praedes aduersario dare litis et uindiciarum i. e. rei et fructuum;

und[2])

ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS VINDICIARVM stipulatio, quia in locum praedium successit, quia olim, cum lege agebatur, pro lite et uindiciis, i. e. pro re et fructibus a possessore petitori dabantur praedes;

wonach anzunehmen wäre, die praedes seien dem Gegner bestellt worden. Dieß hat noch neuerdings Dernburg[3]) veranlaßt, im Widerspruch mit Mommsen die publicistische Natur der obligatio durch praedes in Abrede zu stellen und anzunehmen, ursprünglich sei es möglich gewesen, sich einem Jeden gegenüber als praes zu verpflichten, und dieß habe dieselbe Wirkung gehabt wie das nexum: Zulässigkeit der legis actio per manus iniectionem gegen den Säumigen; später, mit Aufhebung der legis actio per manus iniectionem gegen die nexi, seien bei Privatrechtsgeschäften Verbürgungen jener Form geschwunden, bei Verbürgungen an den Staat geblieben; so erklärten sich die Darstellungen bei Varro und Festus, welche den Zustand ihrer Zeit beschrieben, und es sei nun begreiflich, „warum die Darstellungen des Privatrechts aus der Kaiserzeit von den praedes nicht mehr sprechen, wie sie auch schweigen von den uades und subuades." Diese Ansicht lehnt sich insofern an Mommsen an, als auch dieser annimmt, es habe in urgrauer Zeit einmal ein Schuldrecht bestanden, wonach jeder säumige Schuldner, wenn es dem Gläubiger gefiel, ohne Weiteres dessen Sclave wurde.[4]) Darin aber weicht Dernburg von Mommsen ab, daß er die prädiatorische Verpflichtung

---

[1]) IIII. 16.

[2]) IIII. 94.

[3]) (Heidelberger) Kritische Zeitschrift Bd. 3 S. 81 ff.

[4]) Stadtrechte S. 473.

55. für Privatforderungen bis in die Zeit heraufgehen läßt, „wo die legis actio per manus iniectionem den Schuldnern gegenüber abgeschafft wurde, welche sich durch nexum verpflichtet hatten.“ Allein da wären gewiß ebensogut wie vom nexum Nachrichten von den praedes für Privatforderungen auf Varro und Festus gekommen und diese hätten es sicher nicht unterlassen, ihre Antiquitätensammlungen mit diesem Factum zu bereichern. Ueberdem scheint mir das Wesen der prädiatorischen Verpflichtung gerade darin zu bestehen, daß der praes ohne vorgängige legis actio per manus iniectionem verkauft werden konnte[1]), ein Punkt, den Dernburg zu übersehen scheint, der aber seine ganze Ausführung, welche auf eine ungerechtfertigte Identificirung der prädiatorischen Verpflichtung mit dem nexum hinausläuft, zunichte macht. Auch Mommsen[2]) erkennt, daß die obigen Stellen des Gaius seiner Annahme entgegenstehen: er sucht aber dieselben zu entfernen durch die Behauptung: das formelle Prozeßobject, das sacramentum falle dem Staat zu, also sei es genau genommen eben das Volk, das durch einen seiner Bürger Klage erhob, so daß demnach auch mit Recht durch praedes cavirt worden sei. Daß aber das sacramentum das eigentliche Streitobject sei, ist nach unseren obigen Ausführungen unrichtig, somit auch die Meinung, es sei das Volk, welches als eigentlicher Kläger bei der legis actio sacramento erscheine. Ueberdem würde, selbst wenn jene Behauptung begründet wäre, doch dadurch die Ausdrucksweise des Gaius noch nicht erklärt.

Ich glaube nun aber auch, daß sich der Widerspruch des Gaius nicht vollständig entfernen lassen wird. Doch kann man versuchen, zu erkennen, wie derselbe zu seiner Darstellung gekommen ist.

Der Staat hatte sich durch die Uebernahme der streitigen Sache verpflichtet, diese demjenigen zurückzuerstatten, dessen Klagbehauptung sich als die wahre herausstellen werde. Durch das Ertheilen der uindiciae an einen der Litiganten wird diese Ver-

---

[1]) Mommsen a. a. O. S. 472.
[2]) A. a. O. S. 468.

pflichtung nicht gelöst, es bleibt immer noch die Verbindlichkeit, 55.
demjenigen, der die uindiciae nicht erhalten hat, falls dieser siegen sollte, die Sache abzugewähren. Deshalb muß der Staat sich gegen alle Pflichtverletzung von Seiten desjenigen, dem er den Besitz übergeben hat, schützen, und dieß thut er, indem er sich praedes litis et uindiciarum bestellen läßt. Jedenfalls ging die Verpflichtung, für welche praedes bestellt wurden, darauf, daß der Litigant, welcher die uindiciae erhalten hatte, das Streitobject ꝛc., falls sich seine Behauptung als die unrichtige herausstellen würde, dem Staat oder aber dem Gegner zurückerstatten werde. Freilich war das Eigenthum des Eigenthümers der Streitsache durch die Uebergabe derselben an den Staat nicht untergegangen; nur das damals bestehende Klagrecht war hierdurch ipso iure zerstört[1]); durch das Ertheilen der uindiciae aber entstand, wenn dieselben zu Gunsten des Nichteigenthümers geordnet wurden, wieder eine bedingte Restitutionspflicht des Letzteren dem Eigenthümer gegenüber. Diesem Recht des Eigenthümers dienten die dem Prätor gegebenen praedes ebenfalls zum Schutz, freilich nur auf indirectem Weg. Es ist daher erklärlich, wenn Gaius in der ersten der oben abgedruckten Stellen, bloß das endliche Resultat ins Auge fassend, den Gedanken: „Der Prätor befahl, daß praedes litis et uindiciarum zu Gunsten des Gegners bestellt wurden," so ausdrückt, daß er sagt: „Der Prätor befahl, dem Gegner praedes litis et uindiciarum zu bestellen"[2]), indem er dann in Gegensatz dazu stellt: „andere praedes aber empfing der Prätor selbst", d. i. im endlichen Erfolg zu Gunsten des Staats für die summa sacramenti. Die ungenaue Ausdrucksweise des Gaius ist um so entschuldbarer, als ihm offenbar bei der Darstellung der legis actio sacramento der zu seiner Zeit noch gebräuchliche,

---

[1]) Gaius IIII § 108.

[2]) Wenn es nicht der Schreibweise des Gaius widerspräche, würde ich vorschlagen, anstatt „eumque iubebat praedes aduersario dare" zu lesen: „eumque iubebat praedes *sibi et* aduersario dare." Der Codex hat nach Göschen's Angabe p̄sides. Da könnte p̄ als Sigle für praedes stehen, sides aber recht wohl verlesen sein anstatt sibi et.

55. manche Analogieen bietende Sponsionenprozeß vorschwebte[1]) und er gewiß gerade an dieser Stelle an die in rem actio per sponsionem praeiudicialem mit ihrer stipulatio pro praede litis et uindiciarum[2]) dachte. Bei dieser freilich ist an eine besondere Verpflichtung des Besitzers dem Staat gegenüber nicht zu denken, deshalb kann auch eine Bestellung von praedes nicht stattfinden, wohl aber wird die eventuelle Verpflichtung des Besitzers dem Nichtbesitzer gegenüber dadurch gesichert, daß der Erstere dem Letzteren sich noch besonders durch Stipulation verpflichtet. Diese Stipulation hat also dem endlichen Resultat nach denselben Zweck, welcher früher durch die praedes litis et uindiciarum erreicht wurde, daher auch der Name und die Erzählung des Gaius, daß sie in locum praedium getreten sei und daß die praedes dereinst a possessore petitori gegeben worden wären.

§ 56.

Ich will hier nun noch beiläufig ausführen, wie meine Auffassung der legis actio sacramento auch ganz wohl mit dem vielbesprochenen § 48 des 4. Commentars der Institutionen des Gaius vereinbar ist.

Es ist hinlänglich beglaubigt, daß zur Zeit der Könige noch keine eigentliche Trennung des Prozesses in das Verfahren in iure und in das Verfahren in iudicio stattgefunden habe.[3]) Soll man nun meinen, diese Trennung sei durch das Zwölftafelgesetz gleich vollständig ausgebildet — so wie wir sie später im Formularprozeß erblicken — eingeführt worden? Gewiß nicht. Sicher haben schon die Könige, trotzdem daß die Leitung des ganzen Prozesses und die Ertheilung des Endurteils ihnen zukam, zur Untersuchung einzelner, den Endbescheid bedingender Thatfragen Privatrichter bestellt[4]), sicher hat man an diese Sitte bei der Ord-

---

[1]) Vgl. Gaius IIII. 13.

[2]) Gaius IIII. 91 und 94.

[3]) Cicero De republ. V. 2. Vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 459.

[4]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 3 Not. 2.

nung des Legisactionenprozesses sich angeschlossen, nur daß hier 56. das Ernennen eines iudex zur Entscheidung der die eigentliche Schlußsentenz bedingenden Frage „utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit“ feststehend und notwendig wurde. Der Ausspruch des iudex: „A^1A^1 sacramentum iniustum est“ oder „N^1N^1 sacramentum iniustum est“ enthält aber noch keine directe Entscheidung des Prozesses, sondern es ist damit erst indirect erklärt, wessen Klagbehauptung die wahre gewesen, wessen die unwahre. Mit einem solchen indirecten Ausspruch konnte der Prozeß nicht abschließen[1]): es wäre ja nicht abzusehen, was darauf für eine Execution hätte erfolgen sollen.[2]) Gewiß also mußte noch ausdrücklich erkannt werden, die Klagbehauptung des A^aA^a oder N^aN^a ist die wahre und deshalb hat der Eine oder der Andere das Recht, die Sache fortzubesitzen, resp. der Gegner, welcher die uindiciae erhalten, ist verbunden, dieselbe herauszugeben. Weigert sich dieser, so ist der Rechtsweg gegen die praedes litis et uindiciarum geöffnet und somit für eine vollkommen ausreichende Execution gesorgt.

Es sollen hier nicht die Gründe nochmals wiederholt werden, welche schon von Stintzing[3]) und Huschke[4]) dafür aufgebracht worden sind, daß das Resultat der legis actio sacramento ein litem addicere oder, wie es auch sonst heißt, litem secundum alterum dare gewesen sein müsse. Nur das ist noch zu bemerken, daß jener Ausspruch nicht vom iudex geschehen konnte, dessen Amt mit der pronunciatio utrius sacramentum iustum, utrius

[1]) Vgl. Stintzing a. a. O. S. 33. S. 36 ff.

[2]) Die manus iniectio mit ihrer Formel „QVOD TV MIHI IVDICATVS SIVE DAMNATVS ES“ *etc.* GAIUS IIII. 21 doch gewiß nicht. Vgl. Bekker, prozessual. Consumption S. 320. Uebrigens geben die Worte „Q. T. M. I. S. D. E. SESTERTIVM X MILIA“ einen vollen Beweis dafür ab, daß auch bei der legis actio sacramento in personam der Sacramentsprozeß nicht mit der Entscheidung über das sacramentum schließen konnte, sondern daß eine condemnatio in ipsam rem erfolgen mußte.

[3]) A. a. O. S. 36 ff.

[4]) GAIUS S. 168 ff. Besonders schlagend ist die von Huschke angeführte Stelle aus GELLIUS Noct. Att. 20. 1 § 37.

56. iniustum esset endigte; wohl aber war es Pflicht des Prätor, welcher durch die pronunciatio Gewißheit über den Grund oder Ungrund der von den Litiganten erhobenen Behauptungen erhalten hatte, nunmehr auch zu erklären, wen der Staat als Eigenthümer anerkennen und schützen werde. Daher setzt denn auch Gaius der pecuniaria condemnatio im Formularprozeß die condemnatio in ipsam rem der früheren Zeit ganz im Allgemeinen gegenüber, so daß dabei nicht bloß an die Zeit der Könige, sondern auch an die der Legisactionen zu denken ist.

Gaius Institutt. IIII. 48:

> Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, [sed] aestimata re pecuniam eum condemnat.[1])

Wenn es heißt iudex non ipsam rem condemnat *etc.*, so ist von einem eigentlichen iudex datus nur für die neuere Zeit die Rede. Der Gedanke ist: „der iudex verurteilt beim Formularprozeß nicht in ipsam rem — sondern in eine Geldsumme", und dabei wird die antiquarische Bemerkung gemacht, daß vor dem Formularprozeß eine condemnatio in ipsam rem erfolgte, ohne daß dabei näher auseinandergesetzt wäre, durch wen: ob durch den iudex, ob durch den Prätor. Es handelt sich hier ja nur darum, wie, nicht von wem das Urteil gesprochen wurde. Es ist um so leichter erklärlich, daß Gaius hier nicht ausdrücklich sagt, von wem vormals die condemnatio in ipsam rem geschah, da die alte Quelle, welche er vor sich liegen hatte[2]), vielleicht auch sagte: iudex — ipsam rem condemnat

---

[1]) Der Vorschlag von M. S. Mayer Ad Gaii Inst. com. IIII § 48 Tub. 1853, das von Goeschen hinzugefügte *sed* vor sicut anstatt vor aestimata re einzuschalten, ist schon von Huschke, Gaius S. 167 f., aus überzeugenden Gründen zurückgewiesen worden.

[2]) Wie Gaius alte Quellen benutzte, kann einigermaßen ermessen werden aus der Vergleichung folgender Stellen:

eum cum quo actum est. Möglich, daß er dabei nicht bedachte, 56. wie es in alter Zeit, nach dem ausdrücklichen Zeugniß des Livius[1]), Sitte war, die Consuln, etwas später aber, die Prätoren iudices zu nennen. Im Sinn der Quelle des Gaius würde also iudex gerade den Prätor bedeutet haben. Uebrigens spricht Gaius bei den Legisactionen überhaupt nirgends von einer eigentlichen Trennung des Verfahrens in das ius und das iudicium, und auch anderswo wird meines Wissens ausdrücklich hiervon nicht gehandelt. Der § 15 des 4. Commentars der Institutionen des Gaius giebt bloß ganz beiläufig eine Schilderung des Verfahrens vor dem iudex, welcher zur Entscheidung über die incidente Präjudicialfrage utrius sacramentum iustum,

---

PSEUDO-ASCONIUS in CIC. act. II in C. Verrem l. I c. 9 § 26:	GAIUS Institutt. IIII. 15:
Alii sic adnotant: Comperendinatio est secunda actio. Item: Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus inuicem sibi denunciatio in perendinum diem. Namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem:	— postea uero reuersis dabatur post diem XXX. iudex. — —
quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad iudicium uenirent, denunciabant. Quo cum esset uentum, ante quam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant: quod ipsum dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breue coactio. Alii sic: — —	postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem uenirent, denunciabant; deinde cum ad iudicem uenerant, ante quam aput eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem exponere: quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breue coactio.

Daß PSEUDO-ASCONIUS hier den GAIUS benutzt habe, ist unwahrscheinlich, sowohl wegen der Abweichungen, als auch wegen des bei GAIUS fehlenden Eingangs der Stelle, welchen Ps.-ASCON. sicher nicht selbst gemacht hat. Das umgekehrte Verhältniß ist nicht möglich. Folglich muß Beiden ein und dieselbe Quelle vorgelegen haben und es zeigt sich, daß GAIÜS fast wörtlich derselben gefolgt ist.

[1]) III. 55: „— quod his temporibus (a. u. c. 306) nondum consulem iudicem, sed Praetorem, adpellari mos fuerit." — Auch SEXTUS CAECILIUS bei GELLIUS Noct. Att. XX. 1, 37 kann wohl unter iudex den Prätor verstehen.

56. utrius iniustum sit bestellt war. Von dem eigentlichen Endurteil im Legisactionenprozeß aber ist an keiner Stelle des Gaius außer in dem citirten § 48 die Rede. Bei so kurzer und wenig ins Einzelne eingehender Behandlung der Sache ist es erklärlich, daß sich Gaius an einem Ort, wo es sich um ganz andere Dinge handelt, eine genauere Auseinandersetzung darüber, wer im Legisactionenprozeß das Urteil sprach, sparte, um so mehr, da ja auch das Wort iudex in doppeltem Sinn gebraucht wird und sowohl den iudex datus als den Magistrat bezeichnen kann. Uebrigens ist wohl Gaius in Bezug auf den ältesten Legisactionenprozeß kein allzuverlässiger Gewährsmann. Ihm schweben stets die Einrichtungen seiner Zeit vor Augen, namentlich die legis actio sacramento, wie sie noch bei Sachen, welche vor die Centumvirn kamen, geübt wurde[1], und da diese sicher nicht mehr genau dieselbe war wie vor Alters[2], muß das von ihm Berichtete mit eben dem kritischen Blick betrachtet werden, mit welchem wir jetzt die anderen historischen Ueberlieferungen der Römer über die ältere Zeit anzusehen pflegen.

§ 57.

Kehren wir nunmehr, nach kurzem Abschweifen, zur Sequestration zurück, so haben wir bei dem Ertheilen der uindiciae im Legisactionenprozeß wieder anzuknüpfen. Der Prätor kann die streitige Sache während der Dauer des Prozesses nicht selbst bewahren: er giebt sie daher einer der Parteien gegen Stellung von praedes litis et uindiciarum zurück. Sobald aber keine von beiden Parteien praedes aufzubringen vermag, müßte er dennoch die Sache selbst bis zum Endurteil behalten — wenn er sich nicht anders zu helfen wüßte. Einem der Litiganten kann er sie nicht zurückgeben, da hierdurch der Andere gefährdet würde; er selbst will sich ihrer ökonomischen Pflege nicht unterziehen: es bleibt also bloß

---

[1]) Gaius IIII. 31 und 95. Gellius Noct. Att. 16. 10. Cicero Pro Caec. 33 § 97. Or. pro domo 29 § 78.

[2]) Dieß geht in einer Beziehung aus Gaius IIII. 95 selbst hervor.

übrig, daß er sie entweder einer dritten Person zur Aufbewahrung ꝛc. während des Prozesses einhändige, oder daß er sie beiden Theilen unter gewissen Bedingungen zurückgebe. Durch das Erstere würde er sich persönlich einer nicht geringen Gefahr aussetzen, er müßte jedenfalls für den von ihm bestellten Depositar einstehen, und wenn er sich selbst gegen dessen Nachlässigkeit oder bösen Willen sicherstellen wollte, so würde er nicht leicht Jemanden gefunden haben, der ohne allen pecuniären Vortheil die Bewahrung einer fremden Sache übernommen und noch Bürgen oder sonstige Sicherheit für sein tadelloses Verhalten rücksichtlich der Bewahrung, Rückgabe ꝛc. gestellt hätte. Viel einfacher war daher der zweite Weg. Der Prätor gab die Sache beiden Theilen zurück mit dem Befehl, dieselbe bei einem unparteiischen Dritten bis zum Austrag des Streits zu deponiren. Jetzt war es Sorge der Litiganten, einen solchen Depositar zu finden. Der Prätor aber war durch die Rückgabe der Sache an die Parteien der Sorge für dieselbe überhoben, wenngleich seine richterliche Verpflichtung, den gestörten Rechtszustand wiederherzustellen, also dem Eigenthümer die Sache wiederzuverschaffen, fortbestand. Dafür aber, daß sein endlicher Ausspruch realisirt werden könne, war dadurch gesorgt, daß die Sache bei einem Sequester deponirt wurde. Ein Fehler bei der Bestellung des Depositar fiel beiden Theilen zur Last, und wenn daher durch die Schuld Jenes die Realisirung des Urteils unmöglich geworden wäre, so hätten die Parteien das sich selbst zuzuschreiben gehabt, ohne an den Prätor irgendwie ihren Regreß nehmen zu können. Die Deposition der Sache geschah also durch Rechtsgeschäft zunächst zwischen den Parteien selbst, dann aber auch zwischen den Parteien und dem Depositar. Diese Rechtsgeschäfte sind keine anderen als die gewöhnlich bei der Sequestration vorkommenden. Das Rechtsgeschäft zwischen den Parteien ist Vertrag mit Pfandgebung, das Rechtsgeschäft zwischen den Parteien und dem Sequester dasjenige, welches oben (§§ 17 ff.) geschildert worden ist. Der Vertrag zwischen den Parteien geht dahin, daß Beide sich anheischig machen, der Realisirung des zukünftigen Urteils nicht entgegenstehen zu wollen, und diese Verpflichtung wird dadurch gesichert, daß sie die

57.

57. streitige Sache mit der Bestimmung bei einem beiderseitigen Vertrauensmann deponiren, daß dieser sie nur dem Sieger dereinst herausgeben soll. Durch die Deposition wird also eine reale Sicherung des Vertrags selbst erzielt, sie kann daher recht gut als gegenseitige Niederlegung eines Pfandes (in dem oben § 40 näher angegebenen Sinn) aufgefaßt werden. Es gilt überhaupt im Ganzen von dieser Verpfändung dasjenige, was oben vom pignus ponere beim compromissum gesagt wurde, weshalb wir hier dorthin zurückverweisen.

§ 58.

Es ist nun leicht erklärlich, daß die Parteien zum Sequester wohl sehr häufig denjenigen gewählt haben werden, der schon zum iudex ernannt war. Die Vereinbarung der Parteien über die Person des iudex[1]) und die Ernennung desselben durch den Magistrat[2]) fand vor der lex Pinaria sonder Zweifel gleich nach der prouocatio sacramento und der Deposition der summa sacramenti *resp.* der Bestellung von praedes für dieselbe statt.[3]) Es war also, wenn es zum Ordnen der uindiciae, bezüglich zur Sequestration des Streitobjects kam, der iudex schon ernannt und es ist begreiflich, daß man dem Vertrauensmann, welchem man die Entscheidung des Streits übertragen hatte, auch gern das Streitobject anvertraute, geradeso wie man ja auch gewohnt war, dem compromissarischen arbiter den Streitgegenstand zu übergeben. Nach Erlaß der lex Pinaria freilich war die Wahl des iudex zum Sequester nicht mehr möglich, da in Folge jenes Gesetzes der iudex erst am dreißigsten Tag nach Vornahme der legis actio ernannt wurde.[4]) Natürlich mußten jetzt die Litiganten noch während des Verfahrens in iure über die Person des Sequester sich einigen,

---

[1]) Cicero Pro Cluentio c. 43. Pro Q. Roscio c. 14. Vgl. Valer. Maximus II. 8, 2. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 2 und 3. Keller, Röm. Civilprozeß § 8 S. 35 Not. 140.

[2]) Keller a. a. O. Not. 141.

[3]) Gaius IIII. 15. Keller a. a. O. § 13 S. 48 f. § 14 S. 58.

[4]) Gaius l. c.

während die Einigung über die Person des Richters erst dreißig Tage nachher geschah. Sie konnten dann freilich den schon gewählten Sequester auch zum iudex vorschlagen. Zu der Zeit aber, wo Plautus seinen Mercator dichtete, scheint es noch gebräuchlich gewesen zu sein, den schon ernannten iudex auch zum Sequester zu machen. Dieß zeigen die Worte: 58.

De istac iudex sum captus. — —
— — — — — — —
— — — — — — —
— Sic sequestro mihi data est.

Daraus könnte wohl — wenn anders unsere ganze Ausführung einige Realität hat — ein Schluß auf die Zeit der lex Pinaria gemacht werden.

β. Zeit des Formularprozesses.

aa. Die Sequestration als Ersatz für die satisdatio iudicatum solui.

§ 59.

Es ist nicht unsere Aufgabe, zu schildern, wie sich aus dem Legisactionenprozeß der Formularprozeß entwickelte. Eine der Hauptveränderungen aber war, daß jetzt im Vindicationsprozeß die Litiganten von vorne herein mit bestimmten Parteirollen auftraten oder mit anderen Worten, daß schon vor der eigentlichen Vindication der Besitzstand geordnet sein mußte, so daß im Vindicationsprozeß selbst nicht zwei noch über den Besitz streitende Theile einander gegenübertraten, sondern ein das Eigenthum behauptender Nichtbesitzer und ein das Eigenthum behauptender Besitzer.[1]) Es ist schon bestimmt, wer während der Dauer des Prozesses besitzen wird, der Prätor braucht nicht mehr beiden Litiganten den Besitz zu entziehen und selbst zu übernehmen, um ihn dann einer Partei gegen Bestellung von praedes vorläufig wieder zurückzugeben: der factische Zustand des Besitzes selbst ist jetzt als ein Recht (ius possessionis) anerkannt, welches nur dem stärkeren Recht auf Besitz (ius possidendi), welches im

[1]) Vgl. Huschke, Gaius S. 188 und 190.

59. Eigenthum liegt, weichen muß. Es steht nunmehr der Grundsatz fest: melior est causa possidentis, und so ist die Fortdauer des Besitzes während des petitorium nicht mehr auf ein besonderes Zugeständniß des Prätor basirt, welches eine Verpflichtung, für welche praedes bestellt werden müßten, hervorruft, sondern auf ein eigenes und selbständiges, in dem Besitz selbst enthaltenes Recht des Besitzenden. So fällt denn die Bestellung von praedes litis et uindiciarum notwendig hinweg. Aber da es ungewiß ist, ob das unmittelbare dingliche Recht am Streitobject, welches der Beklagte während des ganzen Prozesses besitzt, ihm oder dem Kläger zustehe, liegt eine Unbilligkeit darin, daß Letzterer „sich einstweilen mit der bloßen Erwartung begnügen soll, daß der günstige Ausgang des Prozesses ihm den Besitz verschaffen werde."[1]) Deshalb wurde es für billig und angemessen erachtet, dem Kläger seine Erwartung durch Versprechen und durch Bürgen von dem Gegner sichern und gewährleisten zu lassen. Dieß ist deutlich ausgesprochen von

Gaius IIII. 89:

Igitur si uerbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes: aequum enim uisum est te ideo quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cauere, ut si uictus sis, nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

§ 60.

Die fraglichen Cautionen sind bei der in rem actio per sponsionem praeiudicialem die stipulatio pro praede litis et uindiciarum, bei der formula petitoria die cautio iudicatum solui. Die Letztere wird regelmäßig mittelst satisdatio bestellt.[2]) Ueber die Verpflichtung, sie zu leisten und über ihre Fassung entscheidet

[1]) Keller, Röm. Civilprozeß § 56 S. 229.

[2]) Gaius IIII. 88 sqq. Pr. I. de satisdationibus (4. 11). Rubr. D. qui satisdare cogantur (2. 8). Gaius Fr. 1 eod.

nach gepflogener Verhandlung der Magistrat[1]): ungehorsame Ver- 60.
weigerung bestraft er durch die Rechtsnachtheile der fehlenden Defension, durch Missionen ꝛc.[2]) Eine besondere Entscheidung haben wir für den Fall, wo bei der hereditatis petitio von Seiten des Beklagten die satisdatio iudicatum solui verweigert wird:

IUL. PAULLUS Sententiae receptae I. 11 § 1:

Quoties hereditas petitur satisdatio iure desideratur; et si satisdatio non detur, in petitorem hereditas transfertur. Si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanet; in pari enim causa potior est possessor.

Hiernach wird, wenn der Beklagte sich weigert, Bürgen zu stellen, der Besitz der Erbschaftssachen auf den Kläger übertragen, natürlich unter der Voraussetzung, daß nun er die satisdatio vornehme; kann oder will er aber diese nicht leisten, so bleibt der Besitz der fraglichen Erbschaftssachen bei dem Beklagten, und zwar ohne Satisdation, „quia est melior causa possidentis.“ Ein Gleiches hat gewiß gegolten, wenn der mit der rei uindicatio belangte Besitzer einer Sache die cautio iudicatum solui nicht leistete. Dieß zeigt eines der von Endlicher gefundenen Fragmente aus Ulpian's Institutionen[3]):

adipiscendae quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta QVEM FVNDVM et QVAM HEREDITATEM. Nam si fundum uel hereditatem ab aliquo petam, nec is defendat, cogitur ad me transferre possessionem, siue numquam possedi, siue ante possedi, deinde amisi possessionem . . . .

Es ist nun auch allgemein angenommen, daß bei Verweigerung der satisdatio iudicatum solui von Seiten des mit einer dinglichen Klage Belangten der Kläger die Uebertragung des Besitzes auf sich dadurch durchsetzen konnte, daß er ein interdictum adipiscendae possessionis auswirkte.[4]) Als Beispiele von solchen

---

[1]) Keller a. a. O. § 77 S. 318 Not. 896.

[2]) Keller l. l.

[3]) Fr. VI. Neueste (4.) Ausgabe des BOECKING'schen ULPIAN p. 132.

[4]) HEINECCIUS Antiquitatt. Romm. iurispr. illustr. syntagma IIII. 11, 2. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 9 S. 19 ff.

60. Interdicten werden genannt die interdicta QVEM FVNDVM, QVAM HEREDITATEM, QVEM VSVMFRVCTVM. Nur über Eines ist Streit. Rudorff[1]) behauptet nämlich, daß bei Vindicationen mit Ausnahme der hereditatis petitio der Kläger für den ihm übertragenen Besitz nur dann zu caviren brauche, „wenn der Beklagte, nachdem er den Besitz restituirt hat, einen neuen Prozeß gegen ihn erheben will", daß hingegen bei der hereditatis petitio der Beklagte auch im ersten Prozeß den Besitz nicht anders herauszugeben genötigt sei, als wenn ihm der Gegner Caution biete. Dem ist schon von Wetzell[2]) widersprochen worden und in der That ist nicht einzusehen, warum aus der Stelle von Paullus argumento a contrario hervorgehen sollte, daß bei den Vindicationen mit Ausnahme der hereditatis petitio die translatio possessionis auf den Kläger stattfinde auch ohne daß derselbe sich zur satisdatio erbiete, da ja überall dieselbe ratio: „melior est causa possidentis", Platz greift und überdem das Endlicher'sche Fragment das interdictum QVEM FVNDVM mit dem interdictum QVAM HEREDITATEM völlig gleichstellt, so daß ein ganz besonderer Grund vorhanden sein müßte, um einen Unterschied zu statuiren. Wir nehmen daher mit der älteren Doctrin[3]) an, auch bei der rei uindicatio sei, wenn der Beklagte die satisdatio iudicatum solui verweigerte, der Besitz nur dann auf den Kläger übertragen worden, wenn dieser bereit war, jene Caution zu bestellen. Geschah das Letztere nicht, so behielt der Beklagte den Besitz, und zwar ohne Satisdation. Wie aber, wenn der Beklagte suspecta persona[4]), ein verdächtiger Mensch, ist, von welchem auch bei persönlichen Klagen — die doch ohne besonderen Grund keiner cautio von Seiten des Beklagten bedürfen[5]) — satisdatio iudicatum solui gefordert werden könnte? Soll hier auch

---

Wetzell, der Röm. Vindicationsprozeß S. 23 und 105. Hartmann, Contumacialverfahren S. 176. Keller, Röm. Civilprozeß § 65 S. 266 Not. 755.

[1]) A. a. O. S. 38.

[2]) A. a. O. S. 23 und 24.

[3]) Vgl. HEINECCIUS l. c. IIII. 6, 25 i. f. und den dort citirten IACOB. MENARDUS ad CIC. Verr. I. 45.

[4]) S. unten Beilage IIII.

[5]) GAIUS IIII § 102.

der Grundsatz „melior est causa possidentis“ gegenüber der durch 60.
die Verdächtigkeit des Besitzers bei Weitem vergrößerten Gefahr
des Klägers durchschlagen und dem Letzteren gar keine Sicherung
werden für seine Erwartung, als Sieger im Prozeß die streitige
Sache rc. überantwortet zu erhalten? Gewiß haben sich die Römer nach einer solchen Sicherung umgesehen, und es findet sich
auch wirklich eine Stelle von Ulpian, welche die nötigen Anhaltepunkte giebt, um zu erkennen, wie man in derartigen Fällen
zu verfahren pflegte.

§ 61.

Fr. 7 § 2 qui satisdare cogantur (2. 8):
ULPIANUS (libro XIIII° ad Edictum)

Si satisdatum pro re mobili non sit, et persona suspecta sit, ex qua satis[1]) desideratur: apud officium deponi debebit, si hoc iudici sederit, donec uel satisdatio detur, uel lis finem accipiat.

Daß hier von der satisdatio iudicatum solui die Rede, läßt sich nicht läugnen. Es geht dieß aus dem Zusammenhang des ganzen Fragments, aus den Worten: „si satisdatum pro re mobili non sit“ und aus dem Umstande hervor, daß von einer Prozeßcaution gesprochen wird, die bis zum Ende des Prozesses bestehen bleibt („uel lis finem accipiat“), also nicht gut eine andere sein kann, als jene satisdatio iudicatum solui.[2]) Man könnte dabei vielleicht an einen Prozeß in Folge einer persönlichen Klage auf Restitution der betreffenden res mobilis denken (z. B. der actio commodati, depositi, locati *etc.*). Dann würden die Worte et suspecta persona sit wohl erklärlich sein, denn bei persönlichen Klagen kann, wie wir wissen, die satisdatio iudicatum solui nur aus besonderen Gründen gefordert werden, und ein solcher Grund

---

[1]) *Vulg.* satisdatio. So auch *Ms. Bamb. D II 1.*

[2]) ANTON. FABER Rationalia in Pand. ad h. l. HUBER, Eunomia Romana ad h. l. (p. 94). Glück, Pandektencommentar Bd. 3 S. 435. Wetzell, Röm. Vindicationsprozeß S. 24. Derselbe, System des ordentl. Civilprozesses. Leipzig 1854 S. 196.

61. ist es, wenn die Person des Beklagten verdächtig ist. Dieser Annahme aber widersprechen die Worte: „Si satisdatum pro re mobili non sit, et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur.“ Dieß kann unmöglich so aufgefaßt werden, als ob die satisdatio von dem Beklagten gefordert werde, weil er eine persona suspecta sei, vielmehr wird gesagt: wenn in dem Prozeß über die res mobilis keine satisdatio geleistet ist und die Person, welche Satisdation stellen soll, suspect ist. Die ökonomische Verdächtigkeit ist also nicht der Grund, weshalb die satisdatio gefordert wird, sondern bei einem Beklagten, der schon aus andern Gründen zur satisdatio verpflichtet war und dieselbe nicht geleistet hat, kommt noch die ökonomische Verdächtigkeit hinzu. Wir müssen uns daher nach einer anderen causa, aus welcher satisdatio iudicatum solui im Prozeß bestellt wird, umsehen. Diese ist nicht schwer zu finden. Wir brauchen bloß, wie es auch den Worten am angemessensten ist, anzunehmen, daß es sich um einen Eigenthumsprozeß über die res mobilis handle, so ist vollkommen erklärt, wie von dem Beklagten satisdatio iudicatum solui gefordert werden konnte. Dabei heißt es aber ganz im Allgemeinen: „Si satisdatum pro re mobili non sit“, „wenn keine Satisdation geleistet ist.“ Warum sagt Ulpian nicht: „si satisdatum pro re mobili ab eo cum quo agitur non sit“? Gewiß weil die Bestellung der satisdatio nicht nur von dem Beklagten unterlassen ist, sondern weil auch der Kläger, welcher den Besitz in Folge der Nichtleistung der Caution durch den Beklagten erlangen konnte, es nicht vermochte, die Caution aufzubringen.[1]) Der Sinn ist also: Wenn für eine res mobilis weder vom Beklagten, noch vom Kläger Satisdation geleistet wurde und noch dazu kommt, daß der ursprünglich zur Caution Verpflichtete, welcher nun die Sache in Folge des Grundsatzes „melior est causa possidentis“ ohne Caution während der

---

[1]) Entschieden mißverstanden ist daher die Stelle in den Basilik. (VII. 14, 7 § 2. Heimb. t. 1 p. 303): *Ἐὰν ὕποπτός ἐστιν ὁ περὶ κινητοῦ πράγματος ἐναγόμενος καὶ μὴ δίδωσι τὴν περὶ καταβολῆς τῶν κεκριμένων ἱκανοδοσίαν, μεσεγγυᾶται τῇ τάξει, εἴγε συνήδει ὁ δικαστής, ἕως ἂν δῷ ἐγγύας, ἢ περατωθῇ ἡ δίκη.*

Dauer des Prozesses behalten würde, eine verdächtige Person ist 2c. 61.
Dieß also der Fall, um dessen Entscheidung es sich handelt. Dabei will ich bemerken, daß auch der Umstand, daß hier gerade hervorgehoben, es handle sich um eine res mobilis, darauf hindeutet, daß von einem Eigenthumsprozeß die Rede. Die Besitzer unbeweglicher Sachen sind überall von satisdatio befreit.[1]) Wenn von der Verpflichtung zur satisdatio bei einem Eigenthumsprozeß gesprochen werden soll, ist es also notwendig, zu erwähnen, daß der Prozeß um eine res mobilis geführt wurde. Wäre aber von einer persönlichen Klage die Rede, so würde das besondere Hervorheben der res mobilis als rein zufällig und grundlos erscheinen, denn hier ist eine suspecta persona — mag es sich nun um eine res mobilis oder immobilis handeln — immer zur satisdatio verpflichtet, da sie sich nicht auf den Besitz der res immobilis berufen kann, sondern höchstens auf die detentio nomine alieno, welche ihr das Recht der Befreiung von der Caution nicht giebt.

§ 62.

Noch ein anderer Umstand ist es, welcher mich veranlaßt, den unserer Stelle zu Grunde liegenden Fall so zu reconstruiren, wie eben geschehen. Obgleich die Römer im Allgemeinen den Satz anerkennen: „Plus cautionis in re est, quam in persona"[2]), hat doch Ulpian in demselben Buch desselben Werks (Lib. XIIII° ad Edictum), dem unser Fr. 7 § 2 entnommen ist, den Ausspruch gethan:

Fr. 7 de stipulationib. praetoriis (46. 5):
Praetoriae satisdationes[3]) personas desiderant pro se interuenientium, et neque pignoribus quis, neque pecuniae, uel auri, uel argenti depositione in uicem satisdationis fungitur.

---

[1]) Macer Fr. 15 qui satisdare cogantur (2. 8). Der in dieser Stelle ausgesprochene Satz wird, wie sich in der Folge noch ergeben wird, durch den Inhalt vieler kaiserlicher Constitutionen unterstützt, so daß ich die wegen der Inscription (Macer libro I° appellationum) erhobenen Zweifel Keller's, Röm. Civilprozeß § 47 S. 192 Not. 543, nicht theilen kann.

[2]) Pomponius Fr. 25 de R. I. (50. 17).

[3]) *Vulg.* stipulationes.

62. Schon oben (§ 40) wurde erwähnt, daß diese Stelle nur von solchen praetoriae stipulationes handle, für welche im Edict ausdrücklich satisdatio als Cautionsmittel vorgeschrieben sei.[1]) Daß die cautio iudicatum solui zu den praetoriae satisdationes gehörte, ist keinem Zweifel unterworfen. Wollten wir nun annehmen, daß im Fr. 7 § 2 qui satisdare cogantur (2. 8) bloß der Beklagte keine satisdatio iudicatum solui geleistet habe und sich durch die Deposition des Streitobjects von der satisdatio habe befreien können[2]), so würde Ulpian mit sich in Widerspruch gerathen, denn man könnte dann wirklich sagen: „is cum quo agitur rei mobilis d. q. a. depositione in uicem satisdationis fungitur."

Eine andere Gestalt aber nimmt die Sache an, wenn wir an den von uns oben aufgestellten Fall denken. Da tritt nicht

---

[1]) Ulpianus Fr. 52 d. V. O. (45. 1); Fr. 1 § 1 de stipulatt. praetor. (46. 5). Venuleius Fr. 9 eod. Schlayer in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. 9 S. 190 leitet aus der Stelle den Satz her: Obgleich das Röm. R. die Pfandbestellung im Allgemeinen als eine Art der Caution kenne, sei doch dieselbe bei prozessualischen Cautionen nie angewendet worden: die prozessualischen Cautionen des classischen Röm. Rechts seien sämmtlich praetoriae stipulationes gewesen und diese wären in der Regel in der Form der satisdatio geleistet worden: nur bei einigen nichtprozessualischen habe man auch bloße repromissio zugelassen. Selbst im Justinianischen Recht bilde die Bürgschaft die allein zulässige Form der Realcaution im Prozeß und davon sei der einzige Ausnahmsfall in Nou. 123 c. 21 enthalten (vgl. ebendas. S. 207). Die Unrichtigkeit dieser Wahres und Falsches gründlich vermengenden Behauptung wird sich aus den obigen und den weiter unten folgenden Ausführungen ergeben. Für jetzt bemerken wir bloß, daß es genug Stellen giebt, welche beweisen, der Ausspruch Ulpian's in Fr. 7 de stipulationib. praetor. (46. 5) stehe nicht so ganz allgemein und ohne Ausnahme da. Vgl. einstweilen Ulpian in Fr. 1 § 9 de collatione (37. 6) und dazu Arndts, Pandekten § 530 Not. 4.

[2]) Darauf kommt die ältere Erklärung der Stelle: die Sache sei sequestrirt worden, wenn der Beklagte keine hinreichende satisdatio iudicio sisti habe stellen können, hinaus. Vgl. Cuiacius in lib. II. Paulli Ad Edict. ad L. 6 depositi (Ed. Francof. 1596 p. 27); namentlich Io. Robertus Sententiar. iur. lib. III c. 22 (Ed. Helmstad. 1688 p. 377 sqq.). Glück, Pandektencommentar Bd. 9 S. 435.

einfach an die Stelle der satisdatio Deposition der streitigen Sache, 62. sondern erst nachdem sich herausgestellt hat, daß eine satisdatio weder vom Beklagten, noch vom Kläger erlangt werden kann, welchesfalls der Beklagte die Sache ohne Satisdation fortbesitzen könnte, und noch ein besonderer Grund eingetreten ist, weshalb dennoch auf eine Sicherung des Klägers gedacht werden muß, wird zur Deposition des Streitgegenstands geschritten. Diese dient gewissermaßen demselben Ziel, wie die satisdatio iudicatum solui, sie tritt aber nicht geradezu an die Stelle derselben. Vielmehr ist sie als eine besondere Art von prozessualischer Cautionsleistung aufzufassen, welche für einen besonders gearteten Fall angeordnet ist. Mir ist es gar nicht unwahrscheinlich, daß Fr. 7 de stipulationib. praetor. (46. 5) und Fr. 7 qui satisdare cogantur (2. 8) ursprünglich in directem Zusammenhang standen und zwar so, daß in Fr. 7 de stipulatt. praetor. (46. 5) die Regel rücksichtlich der praetoriae satisdationes ausgesprochen war, während in dem Folgenden und darunter in dem jetzt das Fr. 7 § 2 qui satisd. cog. (2. 8) bildenden Stück nur weitere Ausführungen dieses Satzes, Consequenzen aus ihm auf einzelne Fälle angewendet, und endlich auch Beschränkungen desselben enthalten waren. Wie viel dabei die Compilatoren gekürzt, gestrichen, verändert haben, läßt sich nicht leicht ermessen. Das aber scheint mir gewiß zu sein, daß wenigstens Fr. 7 § 2 cit. interpolirt ist.

§ 63.

Wir haben schon insofern unserer Untersuchung vorgegriffen, als wir bei Analysirung des in der Stelle vorausgesetzten Falls erwähnten, das Streitobject müsse deponirt werden, und zwar, wie die Stelle selbst sagt: „apud officium.“ Wenn es nun auch zweifellos ist, daß die Anfänge der officia schon in die frühere Kaiserzeit fallen, so steht doch zu behaupten, daß zur Zeit Ulpian's nur die neuen kaiserlichen Centralbeamten und Provinzialstatthalter eigentliche, militärisch organisirte officia und officiales hatten, deren sie sich hauptsächlich bei Ausübung der Polizei- und Kriminaljurisdiction bedienten, während die alten aus der Republik herübergenommenen Magistrate noch ganz dieselben Unterbeamten

63. hatten, wie früher. Dieß geht daraus hervor, daß in fast allen Stellen der späteren klassischen Juristen, wo officia, officiales ꝛc. erwähnt werden, dieselben ausdrücklich als Gehülfen von neuen kaiserlichen Central- und Provinzialbeamten bezeichnet oder Dienste derselben genannt sind, welche sich auf Kriminaljurisdiction und Polizei beziehen[1]), während in vielen anderen Stellen die uiatores, lictores ꝛc. der Prätoren vorkommen[2]), so daß zu ersehen ist, wie wenigstens zur Zeit Ulpian's von einem officium der in Rom die Civiljurisdiction in erster Instanz ausübenden Prätoren noch nicht die Rede war.[3]) Eine Stelle von Paullus: Fr. 17 de in ius uocando (2. 4), spricht zwar von einer cautio iudicio sisti apud officium, ist aber sicher interpolirt, da dergleichen Cautionen wohl dem Justinianischen Recht[4]), keineswegs aber dem Prozeß in den klassischen Zeiten bekannt waren. Auch Fr. 74 § 1 de euiction. (21. 2) von Hermogenian kann interpolirt sein, obwohl diesem Juristen schon eher die Erwähnung des officium bei einem Act der Civiljurisdiction zuzutrauen wäre. Ulpian aber hat gewiß im Fr. 7 § 2 cit. die Worte „apud officium deponi debebit" nicht geschrieben.[5]) Wie wir oben gesehen, denkt der Jurist an einen Eigenthumsprozeß, und da er dabei keinen concreten, besonders gestalteten Fall vor Augen hat, müssen wir uns

---

[1]) Scaevola Fr. 43 § 1 de pignerat. act. (13. 7). Ulpianus (libr. VIIII° de offic. proconsul.) in Fr. 1 § 27 de quaestionib. (48. 18). Id. Fr. 6 de bonis damnator. (48. 20). Id. Fr. 5 § 27 ut in poss. legator. (36. 4). Paull. Fr. 8 de custod. reor. (48. 3). Fr. 34 de R. C. (12. 1). Id. Sentent. recept. I. 6 A § 4. Modestinus Fr. 72 de furtis (47. 2).

[2]) Ulpianus Fr. 8 de manum. uindict. (40. 2). Id. Fr. 5 § 13 de reb. eor. qui sub tut. (27. 9); Fr. 5 § 27 cit., wo die uiatores geradezu den officiales praefecti gegenübergestellt werden. Id. Fr. 32 de iudiciis (5. 1). Hermogenian. Fr. 23 de manum. uindict. (40. 2).

[3]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß § 15 namentlich S. 165 Not. 20 und 21.

[4]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 256 ff. S. besonders u. § 134.

[5]) Auch Anton. Faber Rational. in Pand. ad h. l. bestreitet die Aechtheit dieser Worte, aber ohne weiter Gründe dafür anzugeben. U. Huber Eunom. Rom. ad h. l. widerspricht daher Faber, indem er sich auf Fr. 74 § 1 de euictionib. (21. 2) und auf Fr. 17 de in ius uocando (2. 4) beruft.

den einfachen, gewöhnlichen Verlauf eines solchen Prozesses ver= 63. gegenwärtigen. Der rechtsprechende Magistrat in solchen Angelegenheiten war zu Ulpian's Zeit der Prätor, dieser hatte aber kein officium, folglich konnte bei seinem officium das Streitobject nicht deponirt werden. Eher wären Ulpian die Worte „apud aedem aliquam deponi debebit" zuzutrauen.[1]) Diesen Ausdruck gebraucht er öfter[2]) und es deutet derselbe auf die uralte Sitte hin, wertvolle und wichtige Sachen in den Tempeln zu deponiren, die auch zu Ulpian's Zeiten noch in Uebung war.[3]) Doch glaube ich nicht, daß in unserer Stelle „apud aedem aliquam deponi debebit" gestanden habe, da Ulpian im Allgemeinen sagt: „si satisdatum pro re mobili non sit." Nun läßt sich wohl die Deposition von Gold, Silber, Geld und anderen leblosen beweglichen Dingen in einem Tempel denken, nicht aber die Deposition von lebenden Gegenständen, z. B. einer Schaf= oder Viehheerde. Solche werden am einfachsten bei einem bonus uir deponirt, der für den Unterhalt und die Verpflegung derselben angemessen sorgen kann, und deshalb meine ich, die Worte des Ulpian seien gewesen: „apud *sequestrem* deponi debebit."

An dieser Stelle aber könnte mir Jemand den Einwand machen, daß Ulpian noch an einem anderen Ort einer depositio apud officium erwähne und daß deshalb doch schon eine solche Deposition zu seiner Zeit angewendet worden sein müsse. Es heißt in

Fr. 11 § 1 ad exhibendum (10. 4):

Quo autem loco exhiberi rem oporteat, uel cuius sumptibus,

---

[1]) Dieß fühlt Pet. Perrenonius Animaduersion. l. I c. 15 i. f. (Ottonis Thesaur. t. I p. 612) und deshalb sagt er, „apud officium deponi debebit" heiße so viel als „apud aedem publicam, quoniam publicae personae ac officiales curam habebant aedium publicarum." Allein in Fr. 9 § 8 de poenis (48. 19), worauf er sich beruft, finde ich nichts, was diese Ansicht unterstützen könnte, und C. 1 § 2 de communi seruo manumisso (7. 7) von Iustinian spricht bloß vom Anbieten des Preises per publicas personas und der darauf folgenden depositio in aede, wenn trotz des Anerbietens jene Summe nicht angenommen worden ist. — Noch Glück a. a. O. Not. 31 folgt dem Perrenonius.

[2]) Z. B. in Fr. 5 § 2 depositi (16. 3); Fr. 1 § 37 eod.

[3]) S. unten Beilage I.

63. uideamus; et LABEO ait, ibi exhibendam, ubi fuerit, quum lis contestaretur, periculo et impendiis actoris perferendam perducendamue eo loci, ubi actum sit. Pascere plane seruum, uestire, curare possessorem oportere ait. Ego autem arbitror interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse seruus ex operis uel artificio suo solebat se exhibere, nunc uero cogitur uacare. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debebit agnoscere, qui exhiberi desiderauit, si non solebat possessor seruum pascere; nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare. — —

Es handelt sich um den Ort und die Kosten der Exhibition. Dabei wird der Fall besonders bedacht, wo in einem Exhibitionsstreit der seruus exhibendus zum Behuf der Sicherung etwaiger zukünftiger Exhibition deponirt ist. Eine solche Deposition kam, wie wir unten sehen werden (§§ 67 ff.), häufig vor, und zwar in früherer Zeit in Form der Sequestration. Deshalb glaube ich, daß die Stelle ursprünglich geheißen hat: „Proinde et si apud *sequestrem* fuerit depositus exhibendus." Die Compilatoren, denen eine eigentliche depositio apud sequestrem im Prozeß unbekannt war, corrigirten Ulpian, indem sie die zu ihrer Zeit sehr gewöhnliche Deposition apud officium — die wir noch näher kennen lernen werden — einsetzten, wodurch freilich die ganze Stelle einen anderen Sinn bekam und nun auf die Justinianische cautio iudicio sisti zu beziehen ist, welche dem Executor geleistet wird, wenn er die Klagschrift und Ladung überbringt.

§ 64.

Und nun soll noch der Hauptgrund angegeben werden, welcher mich veranlaßt, eine depositio apud officium für die Zeit des Formularprozesses zu verwerfen und anzunehmen, daß damals anstatt derselben wirkliche depositio apud sequestrem stattgefunden habe. Ueberall herrscht im alten Röm. Prozeß den Parteien gegenüber nicht das Prinzip des directen, sondern das des indirecten Zwangs; erst allmählig und behutsam wurden Ausnahmen davon gemacht. Namentlich wo der Magistrat eine Cautionsbestellung für nötig hielt, ordnete er unter den Parteien Rechts-

geschäfte an, deren Vornahme nur insofern notwendig heißen 64. kann, als die Partei, welche sie verweigerte, von gewissen Rechtsnachtheilen betroffen wurde. Einen anderen Sinn hat es nicht, wenn Ulpian den in Folge von Privatdisposition bestellten Cautionen, den cautiones uoluntariae, jene in Folge richterlichen Befehls errichteten Cautionen als cautiones necessariae gegenüberstellt.[1]) Eine Ausnahme machen gewissermaßen die missiones in possessionem. Allein diese sind als ganz außerordentliche Hülfsmittel zu betrachten, was sich darin zeigt, daß sie äußerst sparsam nur in den Fällen angewendet wurden, für welche sie aus besonderen Gründen geordnet waren. Die Zahl der Ausnahmen würden wir unnütz vermehren, wenn wir aufstellen wollten, schon das klassische Röm. Recht habe in der depositio apud officium eine notwendige Caution in dem Sinn gekannt, wie sie sich im Justinianischen Prozeß findet. Ueber diese können wir freilich erst unten ausführlicher sprechen. Aber soviel wird jetzt schon einleuchtend sein, es sei dem ganzen inneren Wesen und äußeren Zuschnitt des Formularprozesses angemessener, anzunehmen, daß der Prätor, wo er eine Sequestration für notwendig hielt, diese durch Privatrechtsgeschäft der Parteien unter sich und der Parteien mit dem Sequester habe vornehmen lassen, als zu behaupten, der Prätor habe ohne Weiteres befohlen, die Sache bei seinen Unterbeamten niederzulegen, damit sie dem obsiegenden Theil ausgehändigt werden könne. Ein solches Verfahren würde nur dann am Platz gewesen sein, wenn der Prozeß auf Naturalexecution abgezielt hätte, und daß dieses — wenn man auch gegen das Ende der klassischen Zeit Abweichungen sich erlaubt zu haben scheint[2]) — nicht der Fall war, ist ja allbekannt.

§ 65.

Fassen wir nunmehr das Resultat vorstehender Erörterung zusammen, so ergiebt sich, daß Ulpian in Fr. 7 § 2 qui satisdare cogantur (2. 8) nichts Anderes sagen wollte, als: Beim

[1]) Fr. 7 § 1 qui satisdare cogant. (2. 8).

[2]) Vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 81 S. 341 und 342.

65. Eigenthumsprozeß über eine res mobilis muß vom Beklagten satisdatio iudicatum solui geleistet werden; kann dieser sie nicht bestellen und ebenso nicht der Kläger, zu Gunsten dessen sonst translatio possessionis stattgefunden hätte, so ist, wenn der Beklagte suspect, der Streitgegenstand bei einem Sequester zu deponiren, und zwar so lange, bis eine Partei sich zur satisdatio erbietet oder der Prozeß durch Urteil entschieden wird, natürlich aber nur, wenn der Richter (und hier ist nicht an den iudex datus, sondern an den Magistrat zu denken) es so anordnet. Das „si iudici sederit“ deutet noch darauf hin, daß in ähnlichen Fällen der Richter wohl auch andere Wege einschlagen konnte, daß er deshalb den angegebenen nur dann zu betreten brauchte, wenn er ihm der zweckmäßigste und angemessenste zu sein schien.

§ 66.

Unser Fall der Sequestration ist offenbar nahe verwandt mit demjenigen, welchen wir bei der legis actio sacramento kennen lernten. Fast in demselben Verhältniß, in welchem jene Sequestration zu den praedes litis et uindiciarum stand, befindet sich unsere Sequestration zu der satisdatio iudicatum solui, und ebensogut wie man sagen kann, die satisdatio iudicatum solui sei bei der formula petitoria an die Stelle der praedes litis et uindiciarum getreten, können wir aufstellen, die Sequestration, welche bestimmt ist, die fehlende satisdatio iudicatum solui zu ersetzen, ist an die Stelle derjenigen getreten, welche dann angewendet wurde, wenn es an praedes litis et uindiciarum mangelte. Daraus läßt sich schon schließen, daß beide Arten der Sequestration denselben Charakter tragen werden. Ich verweise daher auf dasjenige zurück, was ich oben (§ 57) über die rechtliche Natur der Sequestration bei der legis actio sacramento gesagt habe. Doch ist hier noch zu erinnern, daß bei dem Eigenthumsprozeß per formulam petitoriam zwar von vorne herein Kläger und Beklagter, d. h. Nichtbesitzer und Besitzer, einander gegenüberstehen, daß aber der keine satisdatio iudicatum solui leistende Beklagte, obwohl er, da auch der Kläger jene Caution nicht bestellt, das Streitobject

während des Prozesses behalten dürfte, aus dem besonderen Grund, 66. weil er suspect ist, den Besitz desselben aufgeben muß. Dem Kläger dagegen steht weder der Besitz zu, noch kann er ihn, da er nicht satisdatio leistet, bekommen; wohl aber hat er das Recht, zu verlangen, daß nicht der verdächtige Gegner besitze. Wenn nun der Prätor befiehlt, die Sache bei einem Dritten zu deponiren, so will er gewiß, daß die Deposition nicht einseitig von dem Beklagten, wodurch nur dieser eine actio depositi erwerben würde, sondern daß sie von beiden Theilen geschehe, indem es ja noch unentschieden, wer Eigenthümer ist und wer somit gegen den Sequester ein Rückforderungsrecht erhalten soll. Da nun derjenige, welcher als Eigenthümer anerkannt ist, nötigenfalls die actio depositi gegen den Sequester haben muß und diese Klage nur dem in eigener Person oder durch einen Stellvertreter Deponirenden zusteht, nicht aber dadurch erworben wird, daß ein Anderer mit der Bestimmung, der Erste solle die Sache erhalten, deponirt[1]), so ist notwendig die Deposition sowohl von dem Kläger, als dem Beklagten (oder von einem derselben im Namen Beider) zu bewirken. Durch die Anordnung, die Sache zu sequestriren, fordert also der Prätor die Parteien auf, sich gegenseitig anheischig zu machen, die Realisirung des zukünftigen Urteils nicht hindern, sondern baldigst eintreten lassen zu wollen, und dieses pactum — das übrigens wohl nicht ausdrücklich abgeschlossen zu werden braucht — durch sofortige Deposition des Streitobjects beim Sequester zu sichern. Es liegt daher wieder Realsicherung eines Vertrags durch Deposition einer Sache vor, oder mit andern Worten Verpfändung dieser Sache mit Hinterlegung derselben bei einem Dritten. Die Verpfändung der Sache geschieht von beiden Seiten, wie oben beim Compromissum mittelst Sequestration und ist auch im Allgemeinen so aufzufassen, wie dort. Wollten wir im Sinn der Römischen Juristen das Verhältniß näher bezeichnen, so müßten wir sagen: die Sache ist pignoris loco. Nur das sei noch bemerkt, daß nach Fr. 7 § 2 cit. die Deposition immer so

[1]) Die Bestimmung in C. 8 ad exhibendum (3. 42) kann hiergegen nicht angeführt werden, da dieses Gesetz erst von DIOCLETIAN und MAXIMIAN erlassen ist.

66. geschah, daß als die Bedingung der Rückgabe durch den Sequester aufgestellt wurde: entweder Bestellung der satisdatio iudicatum solui von einer Seite, indem dann die Letztere den Besitz während der Dauer des Prozesses bekam, oder, wenn dieser Fall nicht eintrat, Beendigung des Streits durch Urteil ꝛc., indem dann der Sieger die Sache herausfordern konnte.

Wenn wir die verschiedenen Arten von Prozeßcautionen betrachten, bei denen wir die Sequestration als Cautionsmittel haben anwenden sehen, so können wir für die klassische Zeit recht gut den Fall denken, daß eine Sache bei der Verabredung des ersten Termins von den Theilen freiwillig sequestrirt, dann aber nach Exhibition durch den Sequester und nach Ordnen des Besitzstands wieder bei demselben Sequester deponirt worden sei, um die satisdatio iudicatum solui zu ersetzen, und zwar dießmal mit der Bestimmung, daß sie nur demjenigen herausgegeben werde, welcher den Sieg davon tragen würde.

bb. Die Sequestration als Ersatz für die Caution zur Sicherung künftiger Exhibition.

§ 67.

Die Anwendung der Sequestration, welche wir eben kennen gelernt haben, steht nicht vereinzelt da. Geradeso wie hier die Sequestration bestimmt war, in einem gewissen Fall die satisdatio iudicatum solui zu ersetzen, sehen wir sie unter gewissen Voraussetzungen an die Stelle anderer Prozeßcautionen treten. Ein Zeugniß dafür finden wir zunächst in

Fr. 16 de officio Praesidis (1. 18):

MACER (libro I° de officio Praesidis)

Senatusconsulto cauetur, ut de his, quae prouincias regentes comitesue[1]) aut libertini eorum, antequam in prouinciam uene-

---

[1]) Ich folge hier der auf handschriftlicher Autorität beruhenden Lesart HALOANDERS. Vgl. GEBAUER in seiner Ausgabe des Corpus iuris ad L. s. l. Not. 57. Comites kommt in den Pandekten immer nur für die Begleiter der Provinzialregenten vor (vgl. DIRKSEN Manuale s. u. comes § 2) und wenn später, namentlich im Codex Theodosianus, auch Provinzialbeamte selbst co-

rint, contraxerunt, parcissime ius dicatur: ita ut actiones, quae ob eam causam institutae non essent[1]), postea quam quis eorum ea prouincia excesserit, restituantur. Si quid tamen inuito accidit, ueluti si iniuriam aut furtum passus est, hactenus ei ius dicendum est, ut litem[2]) contestetur, resque ablata exhibeatur et deponatur, aut sisti exhiberiue satisdato promittatur. 67.

Ein senatusconsultum bestimmt, daß aus Verträgen, welche die kaiserlichen Provinzialstatthalter oder deren Begleiter und Libertinen vor ihrer Abreise in die Provinz abgeschlossen haben, nur im Notfall ein Prozeß zugelassen werden soll. Diese Maasregel ist jedenfalls sowohl im öffentlichen, als im Interesse des in die Provinz abgehenden Beamten getroffen, damit die Abreise desselben nicht ungebührlich hinausgeschoben oder gar verhindert werde. Dabei ist natürlich die Anstellung einer Klage vor dem Magistrat der Stadt Rom gemeint, denn an eine Klagenerhebung bei dem Praeses prouinciae selbst zu denken, wie es Duarenus[3]) thut, geht nicht an, da es sich von selbst versteht, daß der Präses in propria causa nicht Richter sein kann. Man könnte wohl annehmen, daß vor dem senatusconsultum der Präses, falls er selbst belangt wurde, dem Legaten seine Jurisdiction habe mandiren müssen, so daß dann vor diesem die Sache zu verhandeln gewesen wäre. Allein das würde doch eine schiefe Stellung in das Verhältniß des Präses zu dem Legaten gebracht und sich nicht gut

---

mites genannt werden (Dirksen l. l. § 4), so sind darunter meistens die Militärchefs verstanden, welchen häufig der Titel comes verliehen war. Nur ausnahmsweise konnte es auch in dieser späteren Zeit vorkommen, daß Civil- und Militärgewalt denselben Personen anvertraut wurde (vgl. v. Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter. 2. Ausg. Bd. 1 S. 98 u. 99 und die dort Not. 9 Citirten), daß also ein dux mit dem Titel comes zugleich Civilregent der Provinz war. Für die Zeit des Macer aber ist an ein solches Verhältniß nicht zu denken. Vgl. übrigens auch Papinianus Fr. 4 de offic. assessor. (1. 22).

[1]) *Haloand.* et ut actiones amissae ob eam causam, quod institutae non sint.

[2]) *Haloand.* lis.

[3]) Ad tit. III lib. IIII C. de prohib. pec. seq. (Opp. p. 896).

67. mit der Subjection des Letzteren unter den Ersteren vertragen haben. Uebrigens konnte ja der Praeses prouinciae ebenso wie andere Magistrate mit Imperium nicht in ius vocirt werden[1]), so daß also eine Klage gegen ihn während seiner Amtszeit in seiner Provinz überhaupt nicht möglich war. Dieß beweist, daß jenes senatusconsultum bloß Prozesse im Auge hatte, welche gegen und von einem in die Provinz Abgehenden vor seiner Abreise (wo er das imperium noch nicht hatte)[2]) hätten angestellt werden können.

Vielleicht möchte man an ein Ausschließen der Jurisdiction des Präses in Sachen der ihm folgenden Untergebenen denken. Allein daß darauf das senatusconsultum nicht hinaus will, zeigt sich eben in der Zusammenstellung des Gefolges und der Dienerschaft mit dem Statthalter selbst, sowie in dem ausdrücklichen Hervorheben der Zeit, wo die fragliche Obligation contrahirt sein soll („antequam in prouinciam uenerint"), und der Bemerkung, daß die in integrum restitutio erst nach Rückkehr aus der Provinz zu ertheilen sei. Uebrigens hat der Praeses prouinciae sein imperium und somit auch seine Jurisdiction nur über die Angehörigen der Provinz, welcher er vorsteht[3]), so daß davon sein aus Rom mitgebrachtes Gefolge von selbst ausgenommen ist.

Das senatusconsultum soll wohl nur die schon außerdem bestehende Vorschrift, daß Magistrate während ihrer Amtszeit weder klagen, noch belangt werden können[4]), rücksichtlich der Provinzialstatthalter auf die ihrer Abreise kurz vorhergehende Zeit, wo sie noch nicht Magistrate sind, ausdehnen und dieses Privilegium auch den Folgern und Dienern des Präses ertheilen. Diese Bestimmung nebst einer anderen sie ergänzenden, gleich zu erwähnenden, war notwendig, einestheils um dem Magistrat mit seinem Gefolge die rechtzeitige Abreise zu ermöglichen, anderntheils aber,

---

[1]) Ulpianus Fr. 2 de in ius uocando (2. 4): In ius uocari non oportet neque Consulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconsulem, neque ceteros magistratus, qui imperium habent — —.

[2]) Puchta, Institutionen Bd. 1 § 93. 4. Ausg. S. 413 Not. i.

[3]) Paullus Fr. 3 de offic. Praesidis (1. 18).

[4]) Paullus Fr. 48 de iudiciis (5. 1). Ulpianus Fr. 2 de in ius uocando (2. 4).

um die privilegirten Personen vor Nachtheilen zu bewahren, welche 67. ihnen aus ihrer Abwesenheit hätten erwachsen können. Berücksichtigen wir die kurzen Verjährungsfristen für die prätorischen und einzelne andere Klagen[1]), so ist es leicht denkbar, daß, wenn der Provinzialstatthalter oder seine Leute vor der Abreise in die Provinz einen Vertrag abgeschlossen hatten, nach der Rückkehr — die doch im günstigsten Fall erst in einem Jahr erfolgte — actionis dies exierat. Um diese Verjährung zu vermeiden, wären die Praesides und ihre Folger gezwungen gewesen, sowohl die ihnen zustehenden Klagen während ihrer Abwesenheit durch Procuratoren anstellen, als sich, wenn ihre Gläubiger, durch den Ablauf der Verjährungsfrist bewogen, klagten, durch Stellvertreter vertheidigen zu lassen. Deshalb weist das senatusconsultum die Richter an, die Klagen der Praesides und ihrer Leute ebenso wie die Klagen gegen dieselben zwar nicht ohne besonderen Grund anzunehmen, dagegen aber, wenn nach der Rückkehr Klagenverjährung eingetreten sein sollte, die in integrum restitutio propter absentiam mit einiger Facilität zu ertheilen.[2]) Nur rücksichtlich der Delicte, welche gegen den Provinzialstatthalter oder seine comites rc. begangen sind („si quid inuito accidit“ offenbar im Gegensatz zu dem vorhergehenden: „quae contraxerunt“) sollte es anders gehalten werden.[3]) Menschen, die eines Delicts beschuldigt werden, sind immer verdächtig und es muß dem Kläger, besonders wenn die Beendigung des Prozesses sich verzögert, daran liegen, von denselben Sicherheitsbestellung rücksichtlich des Ausgangs des Prozesses zu erhalten. Eine solche Sicherheitsbestellung aber kann erst bei dem Verfahren in iure durch die Bestellung der satisdatio iudicatum solui erfolgen. Ich zweifle nun nicht, daß bei Delictsklagen

[1]) Vgl. v. Savigny, System Bd. 5 S. 273.

[2]) Vgl. im Allgem. über die in integrum restitutio „si actionis dies exiit“ v. Savigny, System Bd. 7 S. 186 ff. Keller, Röm. Civilprozeß § 80 S. 332 ff. besonders Not. 946 a. E.

[3]) Hier sind Delicte gemeint, welche entweder vor, oder nach dem Abgang in die Provinz zu Rom gegen den Präses oder Leute aus seinem Gefolge verübt wurden. Wegen der in der Provinz gegen sie begangenen Delicte traten wohl meistens öffentliche Strafen ein, und diese konnte der Präses selbst verhängen. Vgl. Marcianus Fr. 6 § 1 de poenis (48. 19).

67. in den meisten Fällen der Kläger Bestellung der satisdatio iudicatum solui fordern konnte, da der Beklagte schon dadurch, daß der Verdacht eines Delicts auf ihm haftet, suspect ist. Dazu kommt noch, daß es für den Verletzten von Wichtigkeit war, die Pönalklage so bald als möglich anzustellen und bis zur litis contestatio zu bringen, damit sie nun auch gegen den Erben des Thäters durchgeführt werden konnte. Weder gegen die Verjährung der Pönalklage, noch gegen den sonstigen Untergang derselben konnte in integrum restitutio erfolgen, da es hier an einem Haupterequisit derselben: an einer eigentlichen laesio fehlte.[1]) Um nun dem Provinzialstatthalter und dessen Folgern sowohl ihre einer kurzen Verjährungsfrist unterworfenen Delictsklagen (z. B. die actio iniuriarum, welche in einem Jahr verjährte) zu verlängern, als auch um sie für den Fall des siegreichen Ausgangs des von ihnen zu beginnenden Prozesses gegen Zahlungsunfähigkeit, bösen Willen 2c. der verurteilten Beklagten schon jetzt vollkommen sicher zu stellen, sowie auch um ihnen die Dürchführung der Pönalklagen gegen die Erben zu ermöglichen, endlich um ihnen den Beweis — der in solchen Dingen durch Zeitablauf oft unmöglich wird — nicht allzusehr zu erschweren, sollen sie das Recht haben, vor oder nach ihrer Abreise (in letzterem Fall per procuratorem) zu verlangen, daß der Magistrat jene Klagen annehme, damit der Prozeß mindestens[2]) bis zur Litiscontestation durchgeführt und vom Beklagten cautio iudicatum solui geleistet werde. Dann aber steht es dem Kläger frei, das Verfahren in iudicio gleich folgen und sich — wenn er abreisen muß — vertreten zu lassen, oder dasselbe bis zu seiner Rückkehr hinauszuschieben. Natürlich mußte dann diese Rückkehr bei iudicia legitima mindestens innerhalb der

---

[1]) TRYPHONIUS Fr. 37 § 1 de minorib. (4. 4). PAULLUS Fr. 18 ex quib. caus. maior. (4. 6).

[2]) Hactenus ei ius dicendum est ut litem contestetur heißt: es muß ihm bis zu der litiscontestatio Recht gesprochen werden, d. h. er hat das Recht, zu verlangen, daß ihm der Magistrat eine Formel ertheile und den iudex ernenne. Hactenus mit darauf folgendem ut, quoad, quod, ne, si, quatenus bedeutet so viel als eatenus, in tantum, adeo. FORCELLINI s. u. hactenus. Keineswegs hat aber hactenus hier die Bedeutung von solum, dumtaxat.

nächsten anderthalb Jahre nach Ertheilung der formula erfolgen, 67. weil sonst nach der lex Iulia iudiciaria die Geltung derselben erlosch[1]; bei iudicia, quae imperio continebantur, aber mußte die Rückkehr noch früher geschehen, da bei diesen die Geltung der Formel mit dem Abgang des Magistrats, der sie verabfaßt hatte, aufhörte. Diese Regel bestand zu Ulpian's und also wohl auch zu Macer's — der kurz nach Ulpian schrieb[2]) — Zeiten für die alten republikanischen Magistrate noch fort[3]), scheint aber für die neuen kaiserlichen Centralbeamten nicht mehr gegolten zu haben.[4]) Wenn sich daher die Abwesenheit des Präses und seiner Leute über die Zeit, wo die Formel Geltung hatte, hinaus erstreckte, so waren sie genötigt, durch Stellvertreter zu agiren; doch dieß ließ sich dann nicht ändern und immer noch blieben die Vortheile, welche mit der sofortigen Durchführung der Klage bis zur Litiscontestation verbunden waren, überwiegend.

Dasjenige, was uns in dem Fragment vorzugsweise interessirt, sind die letzten Worte: „resque ablata exhibeatur et deponatur, aut sisti exhiberiue satisdato promittatur." Dabei leuchtet sofort ein, daß dieser Satz nur auf das eine der angeführten Beispiele von Delictsklagen, auf das furtum, paßt. Daraus geht hervor, daß die fragliche Exhibition bezüglich Sequestration und die statt derselben mögliche Caution auch nur auf das furtum zu beziehen und eine den Diebstahlsklagen ganz eigenthümliche Einrichtung ist. Daß die satisdatio iudicatum solui sowohl bei der actio iniuriarum, als bei der actio furti, die ja auf das duplum oder quadruplum ging, geleistet werden mußte, ist sehr wahrscheinlich und wird, wie es scheint, von dem Juristen als bekannt und keiner Erwähnung bedürfend vorausgesetzt. Wohl aber mußte eine dem Diebstahlsprozeß eigenthümliche Caution besonders her-

---

[1]) Keller, Litiscontestation und Urteil §§ 16 ff. Röm. Civilprozeß § 45 S. 185.

[2]) Zimmern, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 1 § 101 a. E. S. 383.

[3]) ULPIANUS Fr. 13 de iurisdict. (2. 1). Vgl. Keller, Litiscontestation und Urteil § 19 S. 162.

[4]) PAULLUS Fr. 49 § 1 de iudic. (5. 1). Vgl. Keller a. a. O. S. 163 und Röm. Civilprozeß § 45 S. 185 Not. 522.

67. vorgehoben werden. Dem Bestohlenen konnte nämlich viel daran liegen, daß die gestohlene Sache sofort bei dem Verfahren in iure erhibirt werde, theils um sich durch Anschauung zu vergewissern, daß er sich nicht irre und daß es wirklich die ihm abhanden gekommene Sache sei, theils um dieselbe für den zukünftigen Beweis und die Wiedererlangung gegen doloses Vernichten, Entfernen 2c. von Seiten des Beklagten sicherzustellen. Diese Erhibition war durch die actio ad exhibendum zu erlangen.[1]) Aber ehe der Kläger auf diese Weise die Erhibition zu bewirken vermochte, mußte er sich von dem Besitz des Beklagten sichere Kenntniß verschaffen. Unsere Quellen geben nun Nachricht, daß, wenn der des Diebstahls Verdächtige den Besitz der gestohlenen Sache abläugnete, zur Haussuchung geschritten wurde und daß, wenn die fragliche Sache gefunden, der Angeschuldigte — mochte er der Dieb sein oder nicht — mit der actio furti concepti auf das triplum verhaftet war.[2]) Die Haussuchung geschah wohl nur, wenn der Prätor einen Haussuchungsbefehl gegeben, in Gegenwart des Klägers unter Beiziehung von Zeugen durch das Hülfspersonal des Prätor[3]) und es ist wahrscheinlich, daß ein solcher Befehl, wenn besonders dringende Verdachtsgründe vorlagen, auch ausgewirkt werden konnte, ohne daß der Angeschuldigte vorher in ius vocirt und nach dem Besitz der gestohlenen Sachen gefragt war.[4]) Wurde dann die Sache gefunden, so mußte sie der Verdächtige sofort erhibiren und konnte mit der actio furti concepti belangt werden. Hatte er sich aber der Haussuchung

[1]) Paullus Fr. 12 § 2 ad exhibend. (10. 4). Ulpianus Fr. 7 § 1 de condict. furtiua (13. 1).

[2]) Gaius III. 186. 191. IIII. 173. Gaius Epit. II. 11, 186. Paullus Sent. recept. II. 31, 3 und 5. Gellius Noct. Att. XI. 18. § 4 I. de obll. quae ex delicto (4. 1). Vgl. auch Plautus Poenulus III. 1, 58 sqq. 4, 27 und 5, 16 sqq.

[3]) Plautus Mercator III. 4, 78 sqq. S. auch Apuleius Metam. VIII. 41, 673 sqq. Jedenfalls ist auch die Analogie des bei Haussuchung nach einem fugitiuus beobachteten Verfahrens hierher zu ziehen. Darüber s. Petronius Satyric. c. 97 ab init. Ulpianus Fr. 3 de fugitiuis (11. 4) und dazu Heineccius Antiquitt. Romm. iurispr. illustr. syntagma IIII. 1, 21.

[4]) Vgl. Apuleius l. c.

widersetzt, so fand gegen ihn die actio furti prohibiti statt.[1] 67. Wollte er die bei ihm durch Haussuchung gefundene Sache nicht erhibiren[2]) oder nicht gestatten, daß dieselbe von dem Findenden mitgenommen werde[3]), so war er nach prätorischem Recht mit der actio furti non exhibiti verhaftet. Dieß Alles fand nun wohl namentlich auch dann statt, wenn der Kläger es vorgezogen hatte, den des Diebstahls Verdächtigen in ius zu vociren. Man hat sich dann das Verfahren so zu denken, daß der Kläger ähnlich wie bei Noralklagen[4]) und bei actiones in rem[5]) sich durch interrogatio in iure zu vergewissern suchte, ob der Beklagte Besitzer der gestohlenen Sache sei oder nicht.[6]) Deshalb die Vorschrift, daß der Kläger, sobald er den Beklagten vor den Prätor gebracht habe, die gestohlene Sache genau beschreiben solle.[7]) Läugnete der Beklagte den Besitz, so war es an dem Kläger, nun die Unwahrheit der Antwort zu beweisen, und zu diesem Behuf gab der Prätor, wenn dringende Verdachtsgründe vorlagen, nach vorgängiger causae cognitio einen Haussuchungsbefehl, worauf denn alle Eventualitäten eintreten konnten, welche oben dargestellt sind. Es erklärt sich daraus, warum dann gegen den, bei welchem die

[1]) Gaius III. 188 und 192. IIII. 173. Paullus Sent. rec. II. 31, 3, 5 und 14.

[2]) § 4 I. cit.

[3]) So im Gegensatz zu dem eben citirten § 4 I. Theophilus ad hanc § i. f.: *Ἐφεῦρε πρὸς ταύταις καὶ ὁ πραίτωρ τὴν* furti non exhibiti, *ἁρμόζουσαν κατ᾽ ἐκείνου, ὅστις τὸ ζητηθὲν καὶ εὑρεθὲν παρ᾽ αὐτῷ κλοπιμαῖον πρᾶγμα οὐ συνεχώρησεν ὑπὸ τοῦ εὑρόντος ληφθῆναι.*

[4]) Gaius Fr. 5 de interrogationib. in iure (11. 1). Ulpianus Fr. 7 eod. Paullus Fr. 8 eod. Pomponius Fr. 15 eod.

[5]) Paullus Fr. 20 § 1 eod. Impp. Arcadius et Honorius C. 11 de H. P. (3. 31).

[6]) Einer solchen interrogatio in iure erwähnen zwar unsere Quellen nicht, allein daß die in den Pandekten aufgeführten Fälle nur Beispiele sind, beweist Fr. 21 h. t. (11. 1) von Ulpian: „Ubicunque iudicem aequitas mouerit, aeque oportere fieri interrogationem, dubium non est.“ Auch ist es einleuchtend, warum die Compilatoren etwaige Beispiele von interrogationes in iure bei der Diebstahlsklage nicht aufgenommen haben, da das alte Verfahren bei der actio furti zu ihrer Zeit längst hinweggefallen war.

[7]) Fr. 19 §§ 1—4 de furtis (47. 2).

67. Sache gefunden war, mochte er nun der Dieb sein oder nicht, die Diebstahlsklage Platz griff. Wurde doch auch bei anderen interrogationes in iure, sobald die läugnende Antwort des Beklagten sich als unwahr erwies, „die Statthaftigkeit der Klage von Seiten des befraglichen Verhältnisses im weitesten Umfang gegen ihn angenommen."[1]) Freilich ist die Wirkung des Läugnens hier stärker als bei anderen Klagen, indem die actio furti concepti nun gegen den Beklagten statthatte, ohne daß derselbe sich darauf berufen konnte, er habe die fragliche Sache auf anderem Weg, als auf dem des Diebstahls erworben.[2]) Aber es ist einleuchtend, daß der Verdacht gegen denjenigen, welcher den Besitz einer gestohlenen Sache in Abrede stellt, viel stärker und dringender ist, als gegen den, welcher, mit einer rei uindicatio belangt, behauptet, er sei nicht Besitzer. So mußte, wenn auf die interrogatio in iure der Besitz der fraglichen Sache von dem Belangten abgeläugnet wurde, der Letztere dulden, daß die Exhibition auf dem Weg der Haussuchung bewirkt wurde. Wie aber, wenn der Belangte auf die interrogatio in iure seinen Besitz zugab? Konnte er da einen rechtlichen Erwerbsgrund für sich geltend und sofort wahrscheinlich machen, so war es besser, gegen ihn eine rei uindicatio anzustellen. Konnte er aber keinen Besitztitel aufweisen und bescheinigen, so war wieder der Verdacht des Diebstahls gegen ihn begründet. Jedenfalls aber hatte der Kläger jetzt das Recht, die Exhibition der fraglichen Sache zu verlangen[3]), und der Exhibitionsbefehl erfolgte nach einer summarischen cognitio.[4]) An einen iudex wurde die Sache wohl erst dann gewiesen, wenn der Beklagte sofort liquidable, nicht unerhebliche Einreden vorschützte.[5]) Gegen den Exhibitionsbefehl konnte sich der Beklagte, wenn er verhindert war,

---

[1]) Ulpianus Fr. 4 Fr. 11 §§ 3—7 Fr. 17 sq. de interrogationib. in iure (11. 1). Paullus Fr. 20 eod. Scaevola Fr. 22 eod. Ulpianus Fr. 1 § 15 si quadrupes (9. 1). Paullus Fr. 22 § 4 de noxal. act. (9. 4). Keller, Röm. Civilprozeß § 50 S. 212.

[2]) S. die oben angeführten Stellen des Gaius.

[3]) Ulpianus Fr. 3 § 9 Fr 11 ad exhibendum (10. 4).

[4]) Fr. 3 § 9 cit.

[5]) Fr. 3 § 13 eod.

sofort zu erhibiren, durch eine Caution schützen, mittelst welcher er 67. versprach, zu bestimmter Zeit zu erhibiren.[1]) Darauf nun beziehen sich unsere Worte: es soll der Prozeß bis zur Litiscontestation durchgeführt werden, die gestohlene Sache aber ist zu erhibiren und bei einem Sequester zu deponiren. Anstatt der sofortigen Erhibition und Deposition kann der Beklagte promittiren, die Sache, sobald es nötig sein würde, zu erhibiren (vielleicht unter einer angemessenen poena) und für dieses Versprechen Bürgen stellen. Der Fall sofortiger Erhibition und Deposition ist wahrscheinlich deshalb vorangestellt, weil Macer zunächst an den Fall einer Haussuchung und deshalb notwendigen Erhibition denkt und ihm hinterher erst in den Sinn kommt, daß man sich vor der Haussuchung 2c. durch Zugeben des Besitzes und Erhibitionsversprechen mit satisdatio schützen konnte. Jedenfalls ist die Notwendigkeit der sofortigen Erhibition und Sequestration auch hier erst als das Secundäre, die Notwendigkeit der Caution als das Primäre aufzufassen, da sich durch Bestellung der Letzteren Jeder vor dem Eintritt der Ersteren schützen konnte.

So läßt sich denn auch hier aufstellen, daß die Sequestration unter gewisser Bedingung an die Stelle einer Caution trete und es ist im Allgemeinen kein Grund vorhanden, zu zweifeln, daß die Sequestration überall, auch bei persönlichen Klagen, welche auf Restitution oder Erhibition einer individuellen Sache gerichtet waren, anwendbar war, wenn die dem Beklagten auferlegte satisdatio oder andere hinreichende Caution nicht bestellt wurde.

§ 68.

An unsere Stelle schließt sich eine andere von ähnlichem Inhalt an. Ich meine das

Fr. 5 de tabulis exhibendis (43. 5):

IAVOLENUS (libro XIII° ex Cassio)

De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controuersia ex his pendet, aut si ad publicam

---

[1]) PAULLUS Fr. 12 § 5 vgl. mit ULPIANUS Fr. 5 § 6 eod.

68. quaestionem pertinet; itaque in aede sacra interim deponendae sunt, aut apud uirum idoneum.

Bekanntlich wird das interdictum de tabulis exhibendis gegen den Besitzer einer Testamentsurkunde demjenigen gegeben, welcher ein rechtliches Interesse an deren Einsicht wahrscheinlich machen, oder nötigenfalls durch Gefährdeeid zu beglaubigen vermag.[1]) Das interdictum ging also auch gegen den Erben, welcher im Besitz des Testaments war. Wenn nun Jemand dem das Testament besitzenden Erben sein Erbrecht abstritt, also mit der hereditatis petitio gegen ihn auftrat, konnte er da auch noch von dem Beklagten die Exhibition der Urkunde verlangen, deren er sich zum Beweis gegen ihn bedienen wollte? Dieß stimmt nicht mit dem ziemlich alten Satz, wonach der Beklagte regelmäßig nicht verpflichtet war, dem Kläger die Urkunden, welche Letzterer zu seinem Beweis bedurfte, herauszugeben.[2]) Und gerade dahin zielt unsere Stelle ab: das interdictum greift nicht Platz, d. h. das Testament braucht vom Besitzer nicht exhibirt zu werden, wenn die Entscheidung eines Erbschaftsstreits davon abhängt. Hier ist bloß der Fall gemeint, wo der Besitzer der Testamentsurkunde der mit der hereditatis petitio Belangte ist, indem dieser nach unserer obigen allgemeinen Regel nicht zu exhibiren braucht. Ebenso hat er es ebenfalls nach allgemeinen Grundsätzen nicht nötig, die fragliche Urkunde zu exhibiren, wenn dieselbe zum Beweis gegen ihn im Kriminalprozeß benutzt werden soll. Ist doch ausdrücklich bestimmt, daß in Capitalsachen sogar dem Fiscus gegenüber vom Angeschuldigten eine gegen ihn beweisende Urkunde nicht herausgegeben zu werden braucht[3]), und es ist nicht zweifelhaft, daß einem Privatankläger gegenüber Gleiches beobachtet

[1]) Puchta, Pandekten § 348. Arndts, Pandekten § 346 Not. 4 und die dort angeführten Quellen.

[2]) Dieser Satz bestand jedenfalls schon vor Hadrian, da dieser Kaiser sich veranlaßt sah, durch besonderes Rescript eine Ausnahme zu Gunsten des Fiscus zu machen. Ebenso die Divi Fratres. Fr. 2 §§ 1. 2 de iure fisci (49. 14). S. auch C. 7 de testib. (4. 20) vgl. mit C. un. C. Hermogen. ad exhibendum (VIII).

[3]) Fr. 2 § 2 de iure fisci (49. 14).

wurde. Unsere Stelle also spricht nur das, was schon an und 68.
für sich Rechtens war, mit besonderer Beziehung auf das interdictum de tabulis exhibendis aus: daß ein Beklagter resp. Angeschuldigter nicht gehalten war, Urkunden, welche zu seinem Nachtheil benutzt werden konnten, zu exhibiren. Wenn aber die Exhibition nicht zum Behuf des Beweises in dem jetzt anhängigen Erbschaftsprozeß oder in dem jetzt anhängigen Kriminalprozeß, z. B. wegen Fälschung der Testamentsurkunde, verlangt, sondern ein anderweitiges Interesse an der Exhibition bescheinigt wird, soll da auch das interdictum nicht wirksam sein? Die augenblickliche Exhibition ist jedenfalls, da sie in dem schon anhängigen Prozeß dem Beklagten schaden könnte, ausgeschlossen, aber der Exhibitionsverpflichtete muß den Exhibitionsberechtigten sicherstellen, daß er in Zukunft, sobald es ohne Nachtheil für die Prozesse, in welchen er nicht zu exhibiren braucht, geschehen könne, exhibiren werde, und diese Sicherstellung geschieht durch Deposition der fraglichen Urkunde in aede sacra oder apud uirum idoneum, d. h. durch Sequestration, denn es wurde jedenfalls von beiden Betheiligten deponirt, wie es überhaupt zu geschehen pflegte und geschehen mußte, wenn eine Deposition auf Sicherstellung des einen oder anderen Theils abzielte. Jedenfalls aber konnte der Exhibitionspflichtige der Notwendigkeit der Sequestration dadurch sich entziehen, daß er Caution mittelst Satisdation für die künftige Exhibition leistete.[1]) Wir haben also überall denselben Fall, welchen wir schon in Fr. 16 de officio Praesidis (1. 18) kennen lernten.[2])

cc. Die Sequestration bei der Appellation.

§ 69.

Auch bei der Appellation kommt die Sequestration als Sicherungsmittel für die Gegenpartei vor. Von besonderer Wichtigkeit ist für uns in dieser Beziehung

---

[1]) Daß die Caution wegen Exhibition auch bei Urkunden vorkam, geht aus C. 24 de fideicommissis (6. 42) hervor.

[2]) Auch das schon oben § 63 besprochene Fr. 11 § 1 ad exhibend. (10. 4) gehört noch hierher.

69. Fr. 5 § 1 ut legatorum (36. 3):

Imperator MARCUS ANTONINUS Iulio Balbo rescripsit, eum, a quo res fideicommissae petebantur, cum appellasset, cauere, uel, si caueat aduersarius[1]), transferri possessionem debere. Recte placuit Principi, post prouocationem quoque fideicommissi[2]) cautionem interponi: quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit, amitti post uictoriam, dilata petitione, non oportuit. Sed qua re non cauerat de fideicommisso, qui prouocauerit, si caueret aduersarius, ad eum possessionem esse transferendam rescripsit, cum alia sit Edicti conditio; non enim exigitur a legatario uice mutua cautum: sed uicaria custodiae gratia possessio datur: et qui optinuit, in possessionem per Praetorem aut Praesidem inducitur. Sed Praetor quidem in omnium rerum possessione, quae in causa hereditaria permanent, omnimodo fideicommissi seruandi gratia esse permittit, Princeps autem earum rerum nomine, de quibus fuerat iudicatum, mutuas admisit cautiones; sicuti cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione[3]) cauere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur conditio cauendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restituturos. Sed si nec ipsi cauere possint, utiliter probatum est, uirum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur,

---

[1]) *Haloand.* uel si non caueat ad aduersarium. Nach TAURELLI hat die Florentina uel si caueat aduersarium transferri *etc.*, daraus machte er die jetzt gangbare Lesart. BRENKMAN giebt an, das m in dem aduersarium der Florentina sei durchstrichen und dafür gesetzt s, aus Versehen aber sei mit dem m auch ari durchstrichen, so daß aduersus stehe. Uebrigens ist es kein Zweifel, daß die von TAURELLI aufgenommene, auch sonst handschriftlich unterstützte (s. BRENKMAN und GEBAUER in Not. 37 der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. ad h. L.) Lesart die richtige sei. Das zeigt sich deutlich in dem Folgenden: „— — si caueret aduersarius, ad eum possessionem esse transferendam *etc.*"

[2]) Die Worte „quoque fideicommissi" fehlen bei HALOANDER.

[3]) *Vulgat.* et *Haloand.* accepta bonorum possessione.

quique utiles actiones a Praetore datas exerceat; possessio 69. autem ex rescripto supra relato non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transfertur, quam si cauerit, tametsi maxime aduersarius non per inopiam, sed per contumaciam cauere noluerit; sed si is, qui uicit[1]), non possit cauere, uel res deponenda uel iurisdictio restituenda erit.

In einem Rescript des Kaisers Marc Aurel an Julius Balbus, das jedenfalls in die Zeit zwischen 169 und 180 n. Chr. gesetzt werden muß, da der Kaiser ohne seinen früheren Mitregenten Verus erscheint, war folgende Bestimmung getroffen: Wenn A gegen B auf Herausgabe von fideicommissarisch hinterlassenen Sachen geklagt und B gegen das ihn verurteilende erstinstanzliche Erkenntniß Appellation eingelegt hat, soll B dem A Caution leisten, oder aber es soll — wenn B nicht Caution stellen kann oder will — der Besitz der Sachen, um die es sich handelt, dem B entzogen und auf A übertragen werden, natürlich unter der Voraussetzung, daß nun Letzterer die Caution aufmache.

Papinian stellt nun eine ausführliche Betrachtung über den Inhalt dieses Rescripts an. Zunächst rechtfertigt er die kaiserliche Bestimmung vom Standpunkt der aequitas. Da schon vor jedem Erkenntniß oder überhaupt ohne allen Prozeß, wenn die Entrichtung des Fideicommisses — wegen einer Nebenbestimmung oder anderer Hindernisse — Aufschub erleidet, cautio fideicommissorum seruandorum causa bestellt werden muß[2]), ist es billig, daß der Onerirte, auch wenn er gegen das ihn verurteilende Erkenntniß appellirt und dadurch die Realisirung des Rechts des Fideicommissars noch weiter verzögert, Caution wegen der streitigen Sache leiste. Aber die vom Kaiser angeordnete Caution ist nicht identisch mit jener prätorischen satisdatio de legatis uel fideicommissis. Wenn die Letztere nicht aufgemacht wird, so erfolgt missio in possessionem des Honorirten in das

[1]) *Florent.* uiuit. Vgl. TAURELLI und BRENKMAN. Es unterliegt keinem Zweifel, daß bloß die Lesart der *Vulgat.* uicit einen Sinn giebt.

[2]) Vgl. Tit. D. ut legatorum seu fideicommissor. seruandor. causa caueatur (36. 3).

69. sämmtliche aus der Erbschaft herrührende Vermögen des Onerirten.[1] Die Wirkung dieser missio in bona ist nicht Sachbesitz, sondern zunächst nur die Befugniß zur Apprehension und Bewahrung neben dem Gemeinschuldner („uicaria custodiae gratia possessio datur").[2] Anders bei der Caution des kaiserlichen Rescripts. Wenn diese der besiegte Onerirte nicht bestellt, so wird ihm der Besitz der streitigen Sachen entzogen und auf den Honorirten übertragen, vorausgesetzt, daß Letzterer nun seinerseits bereit ist, dem Gegner Caution zu leisten. Mehr Aehnlichkeit als mit der prätorischen satisdatio legatorum uel fideicommissorum seruandorum causa hat die kaiserliche Caution mit der satisdatio, welche nach dem prätorischen Edict der collationsverpflichtete Emancipirte den collationsberechtigten sui der Collation wegen zu bestellen gehalten ist.[3] Der Collationsverpflichtete war dazu indirect gezwungen, indem ihm, sobald er sich weigerte, die Geltendmachung seines Erbrechts zu Gunsten des Collationsberechtigten entzogen wurde und zwar so, daß man auf Letzteren den Besitz der erbschaftlichen Sachen übertrug, dem Collationsverpflichteten aber die erbschaftlichen Universal- und Singularklagen denegirte. Dabei war es nötig, daß nun die Collationsberechtigten Caution leisteten: „quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restituturos." Wurde diese Caution nicht bestellt, so war es für praktisch erfunden worden („utiliter probatum est"): „uirum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur, quique utiles actiones a Praetore datas exerceat." Die Aehnlichkeit des Verfahrens bei der vom Kaiser angeordneten Caution und bei der Caution des Collationsverpflichteten liegt darin, daß bei Ersterer translatio possessionis auf den Honorirten stattfindet, wenn die

---

[1]) Vgl. Tit. D. ut in possession. legator. seu fideicommissor. seruandor. causa esse liceat (36. 4).

[2]) Ulpianus Fr. 5 eod. Imp. Alexander C. 5 ut in possess. legator. uel fideicommissor. seruandor. causa mittatur (6. 54).

[3]) Ulpianus Fr. 1 §§ 9—13 de collationib. (37. 6). Paullus Sent. rec. V. 9, 4.

von dem Onerirten verweigerte Caution geleistet wird, während 69. bei der Anderen im gleichen Fall delatio conditionis cauendi auf den Collationsberechtigten eintritt.[1]) Eine Verschiedenheit der Cautionen aber findet Papinian darin, daß die Vorschriften rücksichtlich der delatio conditionis cauendi bei der collatio cautione facienda nur zur Anwendung kommen, wenn der Cautionsverpflichtete nicht caviren kann, die kaiserliche Vorschrift rücksichtlich der translatio possessionis auch dann, wenn der Appellant aus Ungehorsam nicht caviren will. Uebrigens, fährt Papinian fort, ist in dem kaiserlichen Rescript keine Bestimmung für den Fall getroffen, wo auch Derjenige, auf welchen die translatio possessionis stattfinden könnte, nicht im Stande ist, die nötige Caution aufzumachen. Man kann aber dann recht wohl, nach Analogie des als praktisch erprobten Verfahrens bei der collatio cautione facienda, Deposition der streitigen Sachen (bei einem Sequester) eintreten, oder aber das Appellationsverfahren seinen Fortgang nehmen lassen, ohne daß Cautionsbestellung von Seiten des Appellanten und Besitzers der Sache stattgefunden hat („iurisdictio restituenda erit" *scil.* ei, a quo res fideicommissae petuntur.[2])

§ 70.

Vor Allem drängt sich die Frage auf: Wie sind die Worte „utiliter probatum est, uirum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur, quique utiles actiones a Praetore datas exerceat" aufzufassen? Ist hier von einem wirklichen Sequester die Rede, oder vielmehr von

[1]) Ueber die delatio conditionis cauendi vgl. PAULLUS Fr. 2 § 9 de collatione (37. 6): „Si per inopiam emancipatus cauere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum, donec possit inuenire fideiussores, ut tamen de his, quae mora deteriora futura sunt, his, qui in potestate sunt, actio detur, ipsique caueant in medium collaturos, si cautum iis fuerit." Hieraus erhellt auch ein Unterschied der delatio conditionis cauendi von der einfachen translatio possessionis.

[2]) Gewissermaßen den Gegensatz bildet die denegatio iurisdictionis. Vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 65 S. 267 Not. 757.

70\. einem Curator, welcher, da die Früchte von den erbschaftlichen Grundstücken, soweit sie auf die Portion des Collationsverpflichteten fallen, bei ihm deponirt werden, mit einem Sequester verglichen wird?

Aus Fr. 3 pr. de collationib. (37. 6) wissen wir, daß der Emancipirte die bonorum possessio empfing, bevor er cavirt hatte, daß aber der Collationsberechtigte bis zur Leistung der Caution die ganze Erbschaft noch inne behielt. Dem Verpflichteten wurden inzwischen die erbschaftlichen Klagen denegirt.[1]) Stellte sich heraus, daß der Letztere aus Armut nicht caviren konnte, so sollte ihm einige Frist gewährt werden, um Bürgen zu finden, und nur rücksichtlich derjenigen Sachen, bei denen durch Verzug Verschlechterung zu erwarten stand, sollte schon jetzt die delatio conditionis cauendi stattfinden.[2]) Brachte nun der Verpflichtete im weiteren Verlauf keine Bürgen auf, so wurde nach Ulpian[3]) ein Curator für seine Portion bestellt, „rem ei saluam facturus", während nach Papinian[4]), wie wir wissen, die delatio conditionis cauendi, und erst wenn der Collationsberechtigte auch nicht caviren konnte, Wahl eines „bonus uir, apud quem, ut sequestrem, fructus deponebantur, quique utiles actiones a Praetore datas exercebat" eintrat. Ulpian giebt aber von seinem Curator eine kurze Beschreibung, welche darauf hinzudeuten scheint, daß derselbe wenig von dem Papinian'schen Sequester verschieden war. Die Worte des Ulpian sind: „— curator portionis eius constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur."[5]) Es erhellt, daß durch das Ulpian'sche „apud quem refecta pecunia collocetur" und das Papinian'sche „apud quem fructus deponantur" ein und dasselbe bezeichnet werden soll, nämlich das Einnehmen und Aufbewahren der eingehenden Gelder, der gezogenen Früchte ꝛc., wobei

---

[1]) Ulpianus Fr. 1 §§ 10 und 13 de collationib. (37. 6).

[2]) Paullus Fr. 2 § 9 eod. S. oben § 69 a. E. S. 179 Not. 1.

[3]) Fr. 1 §§ 10 und 13 eod.

[4]) Fr. 5 § 1 ut legator. (36. 3).

[5]) Vgl. zu dem „refecta pecunia" Fr. 78 § 12 ad SC. Trebell. (36. 1): „ex refectu hereditatis."

nur zu bemerken, daß „apud quem refecta pecunia collocetur" 70. etwas weiter ist, indem unter refecta pecunia alles Einkommende mit Vermögenswert, also auch die eingeklagten Capitalien ꝛc. verstanden werden können, während fructus bloß die natürlichen Früchte, Zinsen, Mieth- und Pachtgelder begreifen. Ulpian brauchte daher die Thätigkeit seines curator kaum anders zu schildern, als daß er sagte: „er ist dazu da, die refecta pecunia zu bewahren", es liegt darin schon, daß er sich auch, das Geld einzubekommen, bemühen mußte und daher die utiles actiones a Praetore datas anstellen konnte. Papinian freilich war gezwungen, dieß Letztere noch besonders zu erwähnen, da durch das „apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur" der Geschäftskreis seines uir bonus sehr einseitig und ungenügend charakterisirt war. Es dürfte demnach nicht zu bezweifeln sein, daß der Ulpian'sche Curator und der Papinian'sche uir bonus dieselben Personen sind. Nur sagt Papinian ausdrücklich, daß der electio des uir bonus die delatio conditionis cauendi an den Collationsberechtigten habe vorhergehen müssen, während Ulpian dieser delatio gar nicht erwähnt, indem er sie vielleicht als von selbst sich verstehend voraussetzt, oder indem möglicherweise auch Fälle vorkamen, wo man sie unterließ. Warum nennt aber Papinian seinen uir bonus nicht auch curator, warum beschreibt er dessen Functionen so ausführlich und genau, daß er sogar zwei Hauptbestandtheile derselben: einmal die Thätigkeit eines Sequester, dann das Anstellen der utiles actiones, also die Thätigkeit eines Prozeßvertreters unterscheidet? Ich finde darauf nur die Antwort, daß es dem Papinian darauf ankommt, für das Verfahren, welches er bei Gelegenheit der vom Kaiser Marc Aurel angeordneten Caution vorschlägt, nämlich: „— si is, qui uicit, non possit cauere, — res deponenda erit", eine Analogie in einem schon als praktisch bewährten Institut zu finden. Da er nun einmal das bei der collatio cautione danda gewöhnliche Verfahren mit der vom Kaiser eingeführten Caution verglichen hatte, mußte er auch, um die für die Letztere gutgeheißene Sequestration zu unterstützen, eine Sequestration bei Ersterem finden. Dieß that er, indem er die Thätigkeit des Curator zerlegte in

70. diejenige eines Sequester und diejenige eines Vertreters im Prozeß, was um so eher ging, als auch die Art der Bestellung eines Curator viel Aehnlichkeit mit der Bestellung eines Sequester bot, da sich jedenfalls die Parteien über die Person des Curators vereinigen mußten, obwohl die eigentliche Ernennung durch den Prätor erfolgte. Dieß deutet Papinian auch an. Soweit der uir bonus Sequester ist, wird er von den Parteien erwählt, aber die utiles actiones erhält er von dem Prätor, d. h. der Letztere macht ihn zum Curator.

Uebrigens will ich noch daran erinnern, daß bei der collatio cautione danda die Ernennung eines curator *resp.* die delatio conditionis cauendi überhaupt nur stattfand, wenn der Collationsverpflichtete aus Armut verhindert war, die Caution zu bestellen. In dem Fall, wo er contumaciter die Cautionsbestellung verweigerte, wurden ihm jedenfalls die actiones denegirt, ja die bonorum possessio auf den Collationsberechtigten übertragen, ohne daß dieser Caution zu bestellen brauchte.[1]) Erst wenn wir dieses festhalten, bekommt das Ende des Fr. 5 § 1 ut legator. (36. 3) einen rechten Sinn. Es wird nämlich gesagt: „Im Gegensatz zu dem Verfahren bei der collatio cautione danda, wo bei dem contumax die possessio auch ohne Gegencaution auf den Berechtigten übertragen wird, muß bei der Caution des Rescripts vor der translatio possessionis vom Appellaten in jedem Fall cavirt werden, mag nun der Appellant aus Armut seine Caution nicht geleistet haben, oder aber aus bloßem Ungehorsam."

§ 71.

Eine zweite Frage, die wir zu beantworten haben, ist: Warum ordnet der Kaiser die fragliche Caution an und worauf ist dieselbe gerichtet? Das Responsum, welches der Kaiser giebt, erhält eine Person, die einen Rechtsfall vorgetragen hatte mit der Bitte, ihr Auskunft über eine zweifelhafte Frage zu ertheilen.

---

[1]) Ulpianus Fr. 1 § 10 i. f. § 13 i. f. und Paullus Fr. 2 § fin. de collationib. (37. 6).

Unsere Aufgabe ist es nun, den Rechtsfall und namentlich die Prozeßlage, in der er sich befand, zu reconstruiren. 71.

Bekanntlich wurden Streitigkeiten über Fideicommisse ohne actio und iudicium mittelst einer persecutio vor den Consuln oder besonderen Praetores fideicommissarii anhängig gemacht und von denselben durch Decret entschieden.[1]) Schon bevor die Sache zur gerichtlichen Erörterung kam, hatte der Honorirte das Recht — sobald das Fideicommiß nicht ausgezahlt wurde — die Leistung der cautio fideicommissorum seruandorum causa zu verlangen. Klagte er aber gegen den Onerirten und führte er den Prozeß bis zur Litiscontestation durch, ohne auf die Bestellung der Caution gedrungen zu haben, so galt das als Verzicht auf dieselbe.[2]) In unserem Fall war die Caution jedenfalls auf diese Weise oder in Folge eines ausdrücklichen Verzichts unterblieben. Die Sache hatte man bei dem Consul oder dem Praetor fideicommissarius anhängig gemacht und bis zum decretum, in welchem der Onerirte verurteilt wurde, durchgeführt. Gegen das decretum appellirte der Onerirte an den Praefectus urbi, der Gegner aber verlangte jetzt Caution. Dagegen machte Appellant geltend, daß Appellat, da er die Litiscontestation habe geschehen lassen, ohne Caution zu fordern, oder da er ausdrücklich auf die Caution verzichtet, nunmehr mit seiner Forderung abzuweisen sei. Die Frage ist also: Hat der ausdrückliche oder stillschweigende Verzicht auf die cautio fideicommissorum seruandorum causa die Wirkung, daß auch in der Appellationsinstanz von dem in erster Instanz verurteilten, nun appellirenden Onerirten keine Caution gefordert werden kann? Die Antwort mußte eigentlich der Appellationsrichter geben; aber dieser selbst oder eine der Parteien hatte sich einen Ausspruch des Kaisers erbeten und diese Bitte veranlaßte das Rescript, welches wir bereits kennen. Für die Ansicht des Appellanten war wohl geltend gemacht worden, daß die Caution, welche jetzt in der Appellationsinstanz gefordert werde,

---

[1]) Ulpian. Fragm. XXV. 12. Cf. Gaius II. 278. Vgl. u. A. Keller, Röm. Civilprozeß § 81 S. 336 und 337 Not. 959 und 965.

[2]) Ulpianus Fr. 1 §§ 9 und 10 ut legator. (36. 3).

71. nichts Anderes sei, als die cautio fideicommissorum seruandorum causa, auf welche nun einmal verzichtet sei, die daher nicht mehr gefordert werden könne. Der Kaiser dagegen hatte entschieden, die Caution sei zu bestellen; mithin war die in der Appellationsinstanz geforderte Caution für eine andere erklärt, als die cautio fideicommissorum seruandorum causa. Diese Ansicht theilt Papinian und deshalb kommt ihm — nachdem er Billigkeitsrücksichten für die cautio geltend gemacht hat — so viel darauf an, zu zeigen, wie die kaiserliche Caution von der im Edict angeordneten cautio fideicommissorum seruandorum causa sich unterscheide. In der That lassen sich auch beide Cautionen durchaus nicht identificiren. Die cautio legatorum uel fideicommissorum seruandorum causa data gehört zu den praetoriae satisdationes und ist nach Ulpian's Eintheilung in Fr. 1 pr. § 3 de praetor. stipulationib. (46. 5) zu den cautionales zu rechnen.[1]) Von der kaiserlichen Caution dagegen könnte gefragt werden, ob sie überhaupt zu den praetoriae stipulationes zu rechnen sei? Dagegen ließe sich sagen: es sei für sie keine stehende Formel in dem prätorischen Edict vorhanden, auch werde sie vom Kaiser und nicht vom rechtsprechenden Magistrat angeordnet. Doch dieß sind nur Scheingründe. Der Kaiser will in dem Rescript kein neues Recht schaffen, sondern nur die richtige Anwendung schon bestehenden Rechts auf einen einzelnen Fall oder auf eine Reihe von Fällen bewirken. Wenn in dem prätorischen Edict keine besondere Formel gerade für unsere Caution sich findet, so ist sie doch dem Grundgedanken nach auf das in dem prätorischen Edict über die Prozeßcautionen aufgestellte Recht zurückzuführen. Auch ordnet der Kaiser die Bestellung derselben in seinem Rescript nicht selbst an, sondern er spricht nur aus: „Dem Recht nach ist die Caution zu leisten", die Anordnung derselben bleibt dem rechtsprechenden Magistrat überlassen. Im Sinn von Pomponius[2]) könnten wir also unsere Caution geradezu eine praetoria stipulatio nennen,

---

[1]) Vgl. Fr. 1 § 2 de praetor. stipulat. (46. 5).
[2]) Fr. 5 de V. O. (45. 1).

aber auch im Sinn von Ulpian dürfte sie dem Wesen nach den praetoriae stipulationes zuzuzählen sein. Da sie die Bestimmung hat, einem Prozeß seinen Erfolg zu sichern, ist sie ihrem Zweck nach am nächsten verwandt mit der cautio iudicatum solui, wenn sie auch nicht zum Behuf eines eigentlichen iudicium, sondern einer extraordinaria cognitio angeordnet wird. Von den drei Clauseln der satisdatio iudicatum solui: de re iudicata, de re defendenda und de dolo malo[1]), mußte bei ihr die clausula de re defendenda hinwegfallen, da der Appellant in der Appellationsinstanz als angreifender Theil auftrat und die Desertion der Appellation von seiner Seite nur als Anerkennung der sententia a qua aufgefaßt werden konnte. De re iudicata und de dolo malo aber mußte jedenfalls cavirt werden. Ihrem sachlichen Inhalt nach stimmte also unsere Caution mit der cautio legatorum seu fideicommissorum seruandorum causa überein[2]), ihrer Natur nach lehnte sie sich an die prätorischen Judicialstipulationen, insonderheit an die satisdatio iudicatum solui an: sie war vorzugsweise bestimmt, dem Appellaten Sicherheit wegen des Streitgegenstands zu verschaffen.

§ 72.

Warum sucht Papinian für die von dem Kaiser angeordnete Caution eine Analogie in dem Verfahren bei der collatio cautione danda, während es doch nach dem Vorhergehenden viel natürlicher gewesen wäre, zu diesem Vergleich die satisdatio iudicatum solui herbeizuziehen? Ich glaube, weil ein Beispiel aus dem Erbrecht am nächsten liegt und jeder möglichen Verwechselung unserer Caution mit der dem Gedanken nach zwar nahe verwandten, außerdem aber doch sehr verschiedenen satisdatio iudicatum solui vorgebeugt werden soll. Wie schon erwähnt, wurden Fideicommisse nicht im Formularprozeß eingeklagt, sondern mittelst einer extraordinaria persecutio. Deshalb konnten die bei

---

[1]) Keller, Röm. Civilprozeß S. 229 Not. 659 und die dort Citirten.

[2]) Ulpianus Fr. 1 pr. ut legator. (36. 3).

72. Gaius[1]) dargestellten Grundsätze über Cautionsleistung im Prozeß, die offenbar ebenso wie die dort genannten Cautionen selbst nur auf den Ordinarprozeß berechnet sind, auf eine fideicommissaria persecutio — bei der weder von einer actio in rem, noch in personam die Rede — keine Anwendung finden. Abgesehen davon, daß unsere Caution erst im Appellationsverfahren zu bestellen ist, während die satisdatio iudicatum solui jedenfalls nur beim Verfahren in erster Instanz (und zwar in iure) vorkam, durfte Papinian auch deshalb diese satisdatio nicht herbeiziehen, damit es nicht den Anschein gewann, als ob er die dem ordo iudiciorum priuatorum angehörige Caution auf eine extraordinaria cognitio ausdehnen wolle. Er sucht deshalb lieber ein analoges Verfahren bei einer praetoria stipulatio cautionalis auf, rücksichtlich deren — was den Streit um die Notwendigkeit ihrer Bestellung 2c. anbetrifft — auch extraordinaria cognitio stattfand.[2]) Uebrigens tritt der Unterschied zwischen der kaiserlichen Caution und der satisdatio legatorum seu fideicommissorum seruandorum causa — ein Punkt, auf den es ja Papinian vorzüglich ankommt — nur dann recht deutlich hervor, wenn gezeigt wird, wie die Vorschriften rücksichtlich der Ersteren eher übereinstimmen mit dem bei einer anderen satisdatio praetoria cautionalis gebräuchlichen Verfahren, als mit demjenigen, welches für die satisdatio praetoria cautionalis bei Legaten oder Fideicommissen geordnet war.

Ueber die Billigkeit und die Natur der Caution des kaiserlichen Rescripts möchte hiernach kein Zweifel bleiben. Es ist nur noch zu erörtern, welche Stellung sie zu der damaligen Legislation über Sicherung des Streitgegenstands bei der Appellation einnahm. Ehe wir auf diese für unsere Lehre sehr wichtige Untersuchung eingehen, wollen wir bemerken, daß die Deposition, welche Papinian für den Fall, daß weder Appellant, noch Appellat satisdatio leisten, vorschlägt, jedenfalls eine sequestratio mit demselben Charakter ist, wie wir sie oben an Stelle der satisdatio

[1]) IIII. 88 sqq.

[2]) Keller, Röm. Civilprozeß S. 318 Not. 896.

iudicatum solui haben anwenden sehen. Wir brauchen uns bei 72. ihr deshalb nicht länger aufzuhalten. Vielleicht hatte Papinian sogar geschrieben res *apud sequestrem* deponenda — erit, während die Compilatoren, bei welchen die prozessualische Sequestration eine ganz andere Bedeutung hatte, das apud sequestrem strichen.

§ 73.

Bezüglich der Sicherung des Streitgegenstands bei der Appellation waren von Marc Aurel schon vor Erlaß des eben weiter behandelten Rescripts Anordnungen getroffen worden. Durch eine Digestenstelle erhalten wir nämlich Kunde von einem Rescript jenes Kaisers, welches, da Verus noch als Mitregent genannt wird, zwischen 161 und 169 n. Chr. erlassen sein muß.

Fr. 21 § 3 de appellationib. (49. 1):

Papirius Iustus (libro I° de constitutionibus)

Iidem (*scil. Imperatores Antoninus et Verus*) rescripserunt: Quamuis usitatum non sit post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi: tamen, cum populitarentur[1]) ab aduersario, aequum sibi uideri fructus apud sequestres[2]) deponi.

Bei dem (Eigenthums)streit um ein ländliches Grundstück war es zur Zeit des Erlasses der Constitution noch nicht gebräuchlich, nach der Appellation die Früchte bei einem Sequester zu deponiren. Die Kaiser aber gestatten eine Ausnahme für den Fall, wenn der Gegner das Grundstück verwüste. Es fragt sich: Wer ist der Gegner, verstehen die Kaiser darunter den Appellanten oder den Appellaten? Da es sich um einen Eigenthumsstreit handelt, muß in erster Instanz ein klagender Nichtbesitzer und beklagter Besitzer vorhanden gewesen sein. Der Letztere brauchte dem Ersteren

---

[1]) *Vulgat.* z. B. auch *Mss. Bamb. D I 9, D I 8* und *D I 7. Florent.* populi traherentur. Diese Lesart ist ebenso sinnlos, wie die Uebersetzung der Basilik. (VIIII. 1, 20 § 3. Heimb. T. I p. 428): *Οὐκ εὐχερῶς οἱ καρποὶ τοῦ ἀγροῦ μετὰ τὴν ἔκκλητον μεσεγγυῶνται, ἀλλ' ὅτε ἄνηβοι δικαζόμενοι διασύρονται παρὰ τῶν ἀντιδίκων αὐτῶν* (sed cum pupilli litigantes ab aduersariis suis uexantur).

[2]) *Mss. Bamberg. D I 9* und *D I 7* sequestrem.

73. keine satisdatio iudicatum solui zu leisten, da er possessor einer unbeweglichen Sache war. Nun hat in erster Instanz entweder der Kläger, oder der Beklagte den Sieg davon getragen. War das Letztere der Fall, so wäre es an dem Kläger, zu appelliren und darauf anzutragen, das Urteil, nach welchem der fundus dem N^sN^s gehört, möge reformirt werden. Da die Schuld der Verzögerung der endlichen Entscheidung hier an dem nichtbesitzenden Kläger liegen würde, so wäre kein Grund abzusehen, warum er jetzt in der Appellationsinstanz eine Sicherstellung hinsichtlich des Streitobjects erhalten sollte, die ihm in erster Instanz nicht gewährt wurde. Ein solcher Grund könnte allerdings in hinzutretenden besonderen Umständen liegen, z. B. darin, daß der Beklagte, Appellat und Besitzer anfinge eine suspecta persona zu werden, indem er das Grundstück absichtlich deteriorirte und die Früchte verwüstete. Ganz wohl könnte also in unserer Stelle unter dem aduersarius der Beklagte als Appellat verstanden sein. Näher aber liegt es, an den Beklagten als Appellanten zu denken. Er hat in erster Instanz aus dem schon angegebenen Grund keine satisdatio iudicatum solui geleistet. Jetzt trägt er darauf an, daß die sententia, wonach A^sA^s Eigenthümer ist, reformirt werde. Dadurch schiebt er die Realisirung des in erster Instanz anerkannten Rechts des Klägers hinaus. Schon daraus könnte dem Letzteren ein Anspruch erwachsen, nunmehr Sicherstellung rücksichtlich des Streitobjects zu verlangen, gewiß aber giebt es ihm einen solchen, wenn der Appellant anfängt das Grundstück zu verwüsten. In der späteren klassischen Zeit — zur Zeit des Paullus — war es, wie wir unten (S. 191 ff.) sehen werden, unzweifelhaft Rechtens, daß der in erster Instanz siegende Kläger von dem appellirenden Beklagten immer eine solche Sicherstellung fordern konnte, auch ohne daß ein besonderer Grund hinzukam, während der appellirende Kläger eine derartige Sicherheitsbestellung zu beantragen nicht befugt war. Nehmen wir nun an, daß in unserer Stelle der besiegte und appellirende Beklagte der aduersarius sei, so würde sich der in derselben ausgesprochene Satz zu dem Paullinischen so verhalten, wie älteres mangelhafteres Recht zu dem späteren ausgebildeteren Recht, so daß früher die Bestimmung gegolten hätte:

„Nur wenn der Beklagte und Appellant die Felder verwüstet, 73. kann der Kläger und Appellat Sicherstellung rücksichtlich des Streitobjects fordern", während das neuere Recht dahin ginge: „Der Beklagte und Appellant muß immer und in jedem Fall dem Kläger und Appellaten Sicherheit bestellen." Wird aber unter dem aduersarius der siegende Beklagte als Appellat verstanden, so müßten wir behaupten, daß zur Zeit des Erlasses des kaiserlichen Rescripts schon der Satz gegolten, der Beklagte habe als Appellant immer Sicherheit zu leisten, nicht aber, wenn die Appellation vom Kläger ausgehe; nur sei für letzteren Fall in unserer Stelle die Ausnahme geordnet, der Beklagte als Appellat müsse Sicherheit bestellen, wenn er anfange die Felder zu verwüsten.[1])

§ 74.

Bethmann-Hollweg[2]) läßt die Frage unentschieden. Mir aber scheint es, als ob die in Fr. 21 § 3 cit. enthaltene Regel unzweifelhaft als das ältere Recht sich darstelle. Man könnte freilich sagen, daß, nachdem in dem ersten Satz gestanden „post appellationem", es weiter heiße: „cum populitarentur ab aduersario", daß daher in dem zweiten Satz an den Gegner des Appellanten, den Appellaten, zu denken sei. Allein es handelt sich im ganzen Rescript nicht um die Appellation selbst, sondern um einen Incidentpunkt bei derselben und dabei sind Gegner der die Sicherheitsbestellung Verlangende und der dieselbe Verweigernde. Der Letztere nun ist unter dem aduersarius verstanden, und daß derselbe rücksichtlich der Appellation die Parteirolle des Appellanten einnahm, soll in dem Folgenden gezeigt werden. Wenn schon zur Zeit der rescribirenden Kaiser der Satz gegolten hätte, daß der Besitzer, welcher appellirt, Sicherheit durch Deposition der Früchte und Revenüen habe geben müssen, so könnten die Kaiser nicht geschrieben haben: „Quamuis usitatum non sit

---

[1]) So faßt die Stelle auf Iacob. Gothofredus Ad C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28).

[2]) Gerichtsverfassung und Prozeß S. 368 Not. 97.

74. post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi"; und umgekehrt wäre es unwahrscheinlich, daß Paullus[1]), wenn zu seiner Zeit eine durch kaiserliches Rescript angeordnete Ausnahme bestanden, ganz allgemein gesagt hätte: „Quodsi petitor prouocet, fructus in causa depositi esse non possunt nec recte eorum nomine satisdatio postulatur." Dazu kommt, daß ein Fall, wo der Beklagte, der schon ein Urteil, also auch die beßte Hoffnung auf den Sieg in zweiter Instanz für sich hatte, das Grundstück verwüstete, wohl kaum sich ereignet und Veranlassung zum Erlaß eines besonderen Gesetzes gegeben haben mag; während es hinwider ganz wahrscheinlich ist, daß ein in erster Instanz besiegter, seine Angelegenheit mit Erbitterung betreibender Besitzer dazu gekommen sei, seinem Gegner durch Verwüstung des Feldes einen Schabernack zu spielen. Auch die Fassung des kaiserlichen Rescripts in seinem Zusammenhang deutet offenbar dahin, daß die Kaiser von dem zu ihrer Zeit bestehenden Recht, wonach bei der Appellation niemals Sequestration der Früchte vorkam, eine Ausnahme machten. Und das stimmt auch am beßten mit dem wahrscheinlichen historischen Entwicklungsgang der Grundsätze über die Sicherheitsbestellung bei der Appellation überein.

Die Appellation, wie sie zur Zeit der klassischen Juristen bestand, hatte sich erst vom Anfang der Kaiserzeit an gebildet.[2]) Bis dahin gab es gewiß keine besonderen Grundsätze über Sicherheitsbestellung wegen des Streitgegenstands beim Gebrauch eines Rechtsmittels, sondern es reichten die Cautionen, wie sie nach bekannten Regeln im Formularprozeß geleistet wurden, vollkommen aus. Die ersten Kaiser hatten rücksichtlich der Appellation so viel mit der Ordnung des Instanzenzugs und des äußeren Verfahrens zu thun, daß sie wohl nicht darauf kamen, eine besondere Cautionsordnung für dieselbe vorzuschreiben, besonders da in den meisten Fällen die in erster Instanz bestellten Cautionen

---

[1]) Sent. rec. V. 36, 1.

[2]) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 348. Savigny, System Bd. 6 SS. 292, 495 ff. Keller, Röm. Civilprozeß § 82 S. 345.

genügten, folglich ein dringendes Bedürfniß sich nicht zeigte. 74.
Erst nach und nach, als die Appellation sich mehr und mehr ausgebildet hatte, stellte sich die Notwendigkeit heraus, besondere Cautionen für dieselbe einzuführen, und vielleicht haben wir in der vielerwähnten Constitution der Kaiser Marc Aurel und Verus den ersten durch einen Rechtsfall aus dem Leben hervorgerufenen Versuch, in jener Beziehung etwas festzusetzen. Auch die Constitution von Marc Aurel in dem oben besprochenen Fr. 5 § 1 ut legatorum (36. 3) enthält eine solche durch einen einzelnen Fall veranlaßte Bestimmung. Man sah allmählig ein, daß es nicht gut sei, die Appellation zu sehr zu erleichtern; man erkannte vielmehr, daß es nötig sei, sie etwas zu erschweren — ein Gedanke, von welchem man bei Einführung des Instituts gewiß nicht ausgegangen war — und so wurden auch spätere Bestimmungen rücksichtlich der Cautionen strenger. Zuletzt endlich kam man zu der Theorie, wie sie in der späteren klassischen Zeit feststand.

§ 75.

Diese wird vorgetragen von Paullus im 5. Buch der Sententiae receptae Titt. XXXIII—XXXVII. Für uns ist am wichtigsten der 36. Titel:

POST PROVOCATIONEM QVID OBSERVANDVM SIT.

§ 1. Quoties possessor appellat, fructus medii temporis deponi conuenit. Quodsi petitor prouocet, fructus in causa depositi esse non possunt, nec recte eorum nomine satisdatio postulatur. § 2. Si propter praedia urbana uel mancipia appelletur, pensiones eorum uel mercedes, uecturae etiam si de naui agatur, deponi solent.

Wenn der besiegte Kläger appellirt, dann sollen weder die Früchte deponirt, noch anstatt derselben Caution gefordert werden. Wenn aber der Beklagte appellirt, dann sollen:

I. bei res immobiles und zwar
   1. bei praedia rustica und sonstigen fruchttragenden Gegenständen die Früchte,
   2. bei praedia urbana das Miethgeld;

75. II. bei res mobiles und zwar
1. bei Sclaven das Miethgeld,
2. bei Schiffen das Fahrgeld,
deponirt werden.

Es erhellt, daß überall nur von solchen Gegenständen die Rede, welche fructus naturales oder ciuiles tragen, so daß sich die Regel aussprechen läßt: Wenn im Streit über Gegenstände, welche fructus naturales oder ciuiles gewähren, der in erster Instanz besiegte Besitzer appellirt, so sind die in der Zwischenzeit, d. i. von Zeit der Einlegung der Appellation bis zur endlichen Entscheidung der Sache gezogenen Früchte zu deponiren.

Wir haben schon mehrfach diese Deposition eine Sicherheitsbestellung rücksichtlich des Streitgegenstands genannt. Es ist nun einleuchtend, daß dieselbe nicht als Sicherheitsbestellung rücksichtlich des ganzen Streitobjects gelten konnte, sondern nur als Sicherheitsbestellung rücksichtlich der in Rede stehenden Früchte. Einer weiteren Sicherung bedurfte es nicht. Denn wenn die streitige Sache eine res immobilis war, so konnte sie der Besitzer[1]) der dereinstigen Execution nicht entziehen, war es aber eine res mobilis, so war schon die satisdatio iudicatum solui geleistet, folglich der Kläger schon hinreichend gesichert. Uebrigens erhielt, wenn der Besitzer appellirte, der Appellat auch durch die von Paullus[2]) näher angegebenen Bestimmungen über das Succumbenzgeld einige Sicherheit. Die Sicherung rücksichtlich der Früchte scheint hauptsächlich darauf berechnet zu sein, daß nicht der Besitzer, welcher dieselben gezogen hat, zuletzt, wenn es zur Restitution kommt, eine Berechnung aufstelle, durch welche er den siegenden Kläger verkürzt. Deshalb war auch Deposition der gezogenen Früchte, natürlich bei einem Dritten, angeordnet, wobei jedoch zu bemerken ist, daß anstatt der Deposition auch Satisdation zulässig war. Dieß scheint aus den Worten hervorzugehen:

---

[1]) Der Appellat blieb Besitzer. Macer Fr. 15 § 6 qui satisdar. cog. (2. 8).

[2]) Sentent. rec. V. 33.

Quodsi petitor prouocet, fructus in causa depositi esse non possunt, nec recte eorum nomine satisdatio postulatur, 75.

aus denen man folgern muß, daß in Fällen, wo Deposition der Früchte notwendig war, anstatt derselben satisdatio geleistet werden konnte. Dafür spricht auch die Analogie der Bestimmungen über die Deposition eines Succumbenzgelds bei der Appellation[1]), indem anstatt dieser Deposition ebenfalls Stipulation mit Satisdation statthaft war. Dieß erklärt Paullus[2]) folgendermaßen:

Ne quis in captionem uerborum in cauendo incidat, expeditissimum est poenam ipsam uel quid aliud pro ea deponere: necesse enim non habet sponsorem quis fideiussoremue dare, aut praesens esse; sed si contra eum fuerit pronuntiatum, perdit quod deposuit. § 3. Quoties in poena appellationis cauetur, tam unus quam plures fideiussores, si idonei sunt, dari possunt: sufficit enim etiam per unum idoneum indemnitati poenae consuli.

Daß man häufiger zur Deposition der Früchte, als zur Stipulation mit Satisdation seine Zuflucht nahm, so daß endlich Paullus die Deposition als das Regelmäßige, die Stipulation als das ausnahmsweise Vorkommende erwähnen konnte, hat seinen Grund eben darin, daß die Deposition viel bequemer war, indem man dabei keiner Bürgen bedurfte und, wie Paullus richtig angiebt, die Schwierigkeit der Verabfassung der Stipulationsformel umgangen wurde, während auf der anderen Seite durch Deposition der Früchte, wie schon oben dargethan, auch das Interesse des nichtbesitzenden Appellaten besser gewahrt war, als wenn man die Berechnung dem Besitzer überließ.

Eigenthümlich aber bleibt es immer, daß hier die Deposition als Cautionsmittel in erster, die Satisdation in zweiter Linie steht, während außerdem das umgekehrte Verhältniß stattzufinden pflegt.

---

[1]) Ueber die Größe desselben vgl. PAULLUS Sent. rec. V. 33 §§ 6—8. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 367.

[2]) Sent. rec. V. 33 §§ 2 sq.

§ 76.

76. Nun bleibt noch die Frage zu beantworten: Welchen juristischen Charakter trägt die Deposition der Früchte bei einem Dritten? Die Früchte sind zu betrachten als ein Theil des Streitobjects. Dieser wird mit der Bestimmung deponirt, daß er dem Sieger ausgeantwortet werden soll und zwar natürlich so, daß dem Letzteren, sobald der Streit entschieden ist, eine actio depositi gegen den Depositar zusteht. Dieß ist nicht gut auf einem anderen Weg zu erreichen, als wenn die beiden streitenden Theile die fragliche Sache gemeinschaftlich deponiren unter der eben schon näher angegebenen Bedingung. Eine solche gemeinschaftliche Deposition ist um so mehr am Platz, als die Sache selbst streitig ist und der Beklagte, wenn er unterliegen sollte, jedenfalls schon von Zeit der Litiscontestation in mala fide war, so daß, trotzdem daß er noch besitzt, doch auch sein Recht des Fruchtbezugs in Zweifel ist. Die Deposition selbst stellt sich als Sequestration dar und somit haben wir wieder einen Fall kennen gelernt, wo die Deposition bei einem Sequester bei einer prozessualischen Caution als Cautionsmittel gebraucht wird. Beiläufig möge noch untersucht werden, ob auch in der Deposition des Succumbenzgelds eine eigentliche Sequestration liege? Meiner Meinung nach ist dasselbe lediglich als das Einsetzen einer Wettsumme von Seiten des Appellanten aufzufassen. Es ist kein Zweifel, daß diese Summe sein Eigenthum ist: „si contra eum fuerit pronuntiatum, perdit quod deposuit.“ Wenn daher der Appellant die Summe bei einem Dritten hinterlegt, so geschieht die Deposition durch ihn allein, nicht in Verbindung mit dem Gegner. Freilich soll auch hier die deponirte Sache dem Gegner ausgeantwortet werden, wenn derselbe siegt; während sie im umgekehrten Fall dem Deponenten wieder zu restituiren ist. Aber wenn der Gegner siegt, hat er — nach älterem Recht — keine Klage gegen den Depositar[1]), sondern er kann bloß den Deponenten veranlassen zu klagen und diesem ist es dann möglich,

[1]) Arg. Impp. Diocletian. et Maximian. C. 8 ad exhibendum (3. 42).

mit der actio praescriptis uerbis zwar nicht die Rückgabe an sich 76. — denn die Bedingung, unter welcher die Summe dem Gegner ausgeantwortet werden sollte, ist eingetreten — wohl aber die Zahlung der deponirten Strafe an den Appellaten zu erlangen. Anstatt selbst diese Klage anzustellen, kann der besiegte Appellant sie jedenfalls dem siegenden Gegner cediren und diese Cession wird vielleicht, wenn Jener sich weigert zu klagen, oder die Klage zu übertragen, fingirt und so das Recht des Siegers realisirt. Möglich ist es aber, daß die Parteien, um diese Weitläufigkeiten zu vermeiden, von vorne herein eine wirkliche Sequestration der fraglichen Summe vornahmen, d. h. sie Beide deponirten mit der Bestimmung, daß sie dem Sieger ausgeantwortet werde. Uebrigens wurde jenes Succumbenzgeld schon von Diocletian abgeschafft und dafür eine arbiträre Geldstrafe eingeführt.[1])

Nach dem bisher Ausgeführten ist es leicht zu erkennen, wie gerade in dem Fall des oben behandelten Fr. 5 § 1 legatorum (36. 1) die Festsetzung einer besonderen Caution durch den Kaiser nötig war, da zu jener Zeit weder die Bestimmungen über die Deposition der Früchte, noch über das Succumbenzgeld existirten und wenn sie auch vorhanden gewesen wären, für jenen Fall keine Hülfe gegeben hätten.

2. Die Sequestration streitiger wie nichtstreitiger Sachen, welche ihren Grund nicht in dem Streit über das Recht an der fraglichen Sache hat.

A. Ohne richterlichen Befehl.

§ 77.

Wir lernten aus Fr. 9 § 3 de dolo malo (4. 3)[2]), daß eine freiwillige Sequestration des Streitobjects vor der Litiscontestation mit der Bestimmung „ut uictori res reddatur" nicht am Platze

[1]) C. 6 §§ 4. 6 de appellationib. (4. 42). Vgl. jedoch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 367 Not. 93.

[2]) S. oben § 51 S. 116 ff.

77. war. Dagegen konnte sie nach der Litiscontestation wohl ohne Bedenken vorgenommen werden. Schon oben (§ 52 a. E.) sind die Gründe ausgeführt, weshalb eine solche Sequestration nicht leicht vorgekommen sein wird. Wäre sie dennoch von den Parteien beliebt worden, so konnte sie nur den Zweck haben, daß die streitige Sache bis zum Austrag des Streits vom Sequester aufbewahrt werde. In den Fällen, welche wir bisher kennen lernten, sollte durch die Sequestration überall einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag reale Sicherheit gegeben werden, die sequestrirte Sache diente gewissermaßen als Pfand. In unserem jetzigen Fall aber ist nicht abzusehen, welcher Vertrag durch die Deposition der Sache bei dem Sequester realiter gesichert werden sollte. Wenn auch die Römer den Gedanken festhielten, durch das Verfahren in iure entstehe zwischen den Parteien eine obligatio quasi ex contractu[1]) und es wohl denkbar wäre, daß man für diese reale Sicherheit durch Pfandbestellung rc. erzielt hätte, so ist doch dagegen geltend zu machen, daß für die Sicherstellung der Litiganten gegeneinander gesorgt war durch die verschiedenen, vom Magistrat angeordneten Cautionen und daß die Parteien selbst keine Veranlassung hatten, neben diesen noch besondere Sicherheit durch freiwillige Pfandbestellung sich zu verschaffen. Höchstens ließe sich denken, daß einem Besitzer die Aufbewahrung der Sache lästig gewesen sei und daß er sie freiwillig in Deposition gegeben habe und zwar, um im Unterliegungsfall nichts weiter damit zu thun zu haben, im Einverständniß und zugleich mit dem Gegner, wodurch diesem für den Fall des Siegs eine actio depositi gegen den Sequester erworben worden. Eine factische Sicherheitsbestellung lag darin für den Nichtbesitzer wohl. Die Absicht der Parteien war aber nicht auf dieselbe gerichtet, jedenfalls trat sie sehr in den Hintergrund. Die deponirte Sache war nicht pignoris loco: geschah doch die Sequestration nicht deshalb, damit der bisherige Besitzer den Besitz verliere. So läßt sich denn behaupten, eine Sequestration der geschilderten Art sei lediglich zum Behuf

[1]) Keller, Röm. Civilprozeß § 62 S. 253 ff. namentlich Not. 722.

der Aufbewahrung der Sache während des Prozesses (custodiae causa) geschehen. Der Umstand, daß die Sache eine streitige war, kam nicht weiter in Betracht, als insofern dadurch die Ungewißheit des zukünftigen juristischen Schicksals der Sache bedingt war. 77.

§ 78.

Viel häufiger als bei streitigen Sachen scheint eine sequestratio custodiae causa dann vorgekommen zu sein, wenn zwar die gegenwärtige rechtliche Beziehung einer oder mehrerer Personen zu der Sache für jetzt vollständig geordnet war und zweifellos feststand, aber das zukünftige rechtliche Schicksal derselben, z. B. die Frage, wer von den mehreren Personen sie dereinst bekommen werde, noch im Dunkel lag. Beispiele von sogenannten freiwilligen Sequestrationen custodiae causa finden sich bei Juristen wie Nichtjuristen. Wir beginnen mit der Betrachtung eines solchen, welches zwar weit über die klassische Periode hinausfällt, aber doch auf die Vergangenheit einen Lichtstrahl insofern fallen läßt, als mit Bestimmtheit behauptet werden kann, daß in dieser Beziehung eine Abweichung des neueren von dem älteren Recht nicht vorhanden sei.

C. Sollius Apollinaris Sidonius Epistul. IIII. 24[1]):

Sidonius Turno suo salutem.

Bene nomini, bene negotio tuo congruit Mantuani illud:

„Turne, quod optanti diuum promittere nemo
„Auderet, uoluenda dies en attulit ultro."

Pecuniam pater tuus Turpio, uir tribunicius, mutuam pridem, si recordaris, a Maximo Palatino postulauit impetrauitque; nil quidem loco fiduciae pignorisque uel argenti sequestrans, uel obligans praediorum: sed ut chirographo facto docetur, cauta centesima est feneratori: quae per bilustre producta tempus modum sortis ad duplum adduxit.

Turpio hatte also ein Gelddarlehn vom Maximus Palatinus empfangen, ohne dafür irgendwelche Realsicherheit zu bestellen:

---

[1]) Nach der Ausgabe der Werke des Sidonius in: Patrologiae cursus completus cet. Tom. LVIII. Paris 1847.

78. „nil quidem loco fiduciae pignorisque uel argenti sequestrans, uel obligans praediorum.“ Daß die Ausdrücke hier nicht streng unterschieden und genau gewählt sind, braucht wohl nicht weiter ausgeführt zu werden. So viel aber ist klar, daß die Worte fiduciae pignorisque nur im Allgemeinen sagen sollen, das Darlehn sei durch keinerlei Verpfändung vom Schuldner gesichert worden, während das Folgende zur weiteren Ausführung noch im Einzelnen beifügt, daß Turpio als Pfand weder argentum sequestrirt, noch ein Grundstück obligirt, d. h. mit einer Hypothek belegt habe. Argentum ist nun hier nicht in der Bedeutung von „Geld" zu nehmen, denn wenn Turpio Geld zu verpfänden gehabt, so hätte er kein Gelddarlehn aufzunehmen gebraucht; vielmehr bedeutet das Wort „silberne Gerätschaften." Sequestrans aber kann recht wohl in der technischen Bedeutung gebraucht sein. Denn wenn es sich auch grammatisch auf Turpio allein bezieht und eine eigentliche Sequestration nur im Verein mit Maximus Palatinus geschehen sein könnte, so ist doch einleuchtend, daß eine Deposition der Pfandgegenstände bei einem Dritten von Seiten des Verpfänders — wenn durch diese Deposition die Verpfändung geschehen sollte — nur möglich, wenn der Pfandgläubiger damit einverstanden war, also nur dann, wenn entweder Beide zusammen die Deposition vornahmen, oder aber wenn der Eine für sich und zugleich für und im Auftrag des Anderen deponirte. In beiden Fällen aber würde eine wirkliche Sequestration vorliegen, indem jedenfalls auch die Bestimmung getroffen wäre, daß im Fall der Nichtbezahlung der Schuld die Pfandsache dem Gläubiger, im Fall der Bezahlung oder sonstigen Erlöschens des Pfandrechts dem Debitor restituirt werden solle. So hat denn wohl Sidonius den Fall einer wirklichen Sequestration der Pfandsache vor Augen gehabt und es läßt sich schließen, daß zu seiner Zeit und auch früher dergleichen Sequestrationen häufig vorkamen.

Man könnte darauf verfallen, das Letztere nachweisen zu wollen aus

C. 9 de pigneraticia actione (4. 24):

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Georgio. —

Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in 78. dubium non uenit. Quum igitur asseueras, in horreis pignora deposita, consequens est, secundum ius perpetuum, pignoribus debitori pereuntibus, si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint, personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. PP. VI. Non, Mai. Mediolani, AA. Conss. [293—304].

Allein hier ist sicher nicht von dem Fall einer eigentlichen Sequestration die Rede, sondern es war die Pfandsache von dem anfragenden Gläubiger einseitig deponirt worden und beim Depositar untergegangen. Wäre die Deposition vermöge einer Uebereinkunft zwischen Schuldner und Gläubiger erfolgt, so hätte die Bemerkung „si tamen in horreis, quibus *etc.*" keinen Sinn. Der Faustpfandgläubiger hat rücksichtlich der Pfandsache dem debitor omnem culpam zu prästiren.[1]) Wenn nun der Pfandgläubiger die Pfandsache bei einem Dritten deponirt, so fällt ihm gewiß jedes Verschulden bei der Auswahl des Letzteren zur Last. Daß aber eine solche culpa in eligendo nicht vorliege, ist zweifellos, „si — in horreis — quibus et alii solebant publice uti[2]), res depositae sint." „Nur in diesem Fall", sagt der Kaiser, „steht es ohne Weiteres fest, daß Dir nach Untergang der Pfandsache Deine persönliche Klage aus der Obligatio, für welche das Pfand bestellt war, integra (d. h. wirksam, ohne daß ihr eine exceptio gegenübersteht) bleibe." Der Gegensatz wäre: „Hast Du die Sache nicht in horreis, quibus alii solebant publice uti, sondern bei einer Privatperson deponirt, so kann möglicherweise der Schuldner den Einwand machen, daß bei der Deposition nicht die gehörige Sorgfalt von Dir gewahrt sei, indem vielleicht die Sache, wenn Du sie selbst behalten, oder wenn Du sie in horreis, quibus solent alii publice uti, deponirt hättest, nicht untergegangen wäre." Da in diesem Fall die actio pigneraticia directa Platz greifen würde, könnte dieselbe auch in Form einer exceptio doli

---

[1]) Fr. 13 § 1 Fr. 14. 24 § 3 de pigneratic. act. (13. 7). C. 4—8 eod. (4. 24).

[2]) Darüber s. Beilage I.

78. der persönlichen Klage des Creditor entgegengesetzt werden, so daß dann diese nicht mehr actio integra wäre.

Dieser Gedankengang des Kaisers wäre unmöglich, wenn eine wirkliche Sequestration vorläge, denn dann hätten Gläubiger und Schuldner in Uebereinstimmung miteinander die Pfandsache beim Sequester deponirt, und an einen auf die nicht hinreichend beobachtete Sorgfalt bei der Sequestration gestützten Einwand des Schuldners der persönlichen Klage des Gläubigers gegenüber könnte nicht gedacht werden.

Werfen wir noch einen Blick auf die wirkliche Sequestration einer Pfandsache durch Pfandgläubiger und Pfandschuldner, wie sie dem Sidonius vorgeschwebt zu haben scheint, so sehen wir, daß Gläubiger und Schuldner in einem einseitigen obligatorischen Verhältniß stehen, welches durch Verpfändung der Sache vom Debitor Realsicherheit erhalten hat. Die Deposition der Pfandsache bei einem Dritten, welche in Folge gegenseitiger Uebereinkunft geschieht, soll das schon bestehende Pfandrecht weder überhaupt ermöglichen, noch verstärken, noch vermindern, noch sonst verändern, der einzige Zweck, welchen die Sequestration haben kann, ist der, daß Gläubiger und Schuldner es für zuträglicher, sicherer und bequemer halten, wenn die Bewahrung der Sache einem beiderseitigen Vertrauensmann übergeben wird, so daß der Schuldner der Besorgniß vor einer fahrlässigen oder schuldvollen Behandlung seiner Sache durch den Gläubiger, dieser aber der Mühe und Gefahr der Aufbewahrung überhoben ist. Lediglich der custodia wegen wird also hier die Pfandsache bei dem Sequester deponirt.[1])

§ 79.

Ich gehe darauf über, zwei in die letzte Zeit des ordo iudiciorum priuatorum fallende Stellen des Codex zu betrachten, in welchen ebenfalls von einer sequestratio custodiae causa die Rede zu sein scheint.

---

[1]) Ueber den historischen Zusammenhang des alten pignus ponere mit der neueren Deposition der Pfandsache vgl. u. § 90 a. E.

C. 5 depositi (4. 34): **79.**

Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. et VALERIANUS C. Claudio. — Propter instrumenta quidem, quae te deposuisse cum aduersario tuo dicis, ut, residua pecunia, quae ex conductione debebatur, soluta, ea reciperes, si id, quod placuerat, implesti, sequestrem potes conuenire. Quamuis autem haec reddita non fuerint, tamen aduersus eum, a quo fundum conduxeras, si omne quod ex hoc contractu debebatur, reddidisti, ipsis solutionibus tutus es. Dat. Id. Iul. Aemiliano et Basso Coss. [259].

Das kaiserliche Rescript ist an einen gewissen C. Claudius gerichtet. Wie aus der Stelle selbst zu entnehmen, hatte dieser von einem Anderen — den wir Titius nennen wollen — eine Sache gemiethet. Claudius war seinen Verbindlichkeiten aus dem jetzt geendigten Miethverhältniß nur zum Theil nachgekommen und noch schuldig, einen Rest („residua pecunia") an Titius zu zahlen. Bei Beendigung des Miethverhältnisses oder jedenfalls nach Lösung eines Theils der Verbindlichkeiten des Claudius hatten beide Contrahenten („quae te deposuisse cum aduersario tuo dicis") Urkunden bei einem Dritten — der Seius heißen soll — deponirt mit der Bestimmung: „ut (*Claudius*), residua pecunia, quae ex conductione debebatur, soluta, ea(s) reciperet." Was waren das für Urkunden? Die Stelle giebt zur Beantwortung dieser Frage wenig Anhalt. Daher sind auch in dieser Beziehung verschiedene Meinungen geltend gemacht worden. In einem Scholium zu den Basiliken[1]) wird behauptet, es sei die Urkunde über den Miethcontract gemeint, indem dabei auf die Bestimmung des Fr. 2 § 1 de pactis (2. 14) verwiesen wird, wonach die Rückgabe des Schuldscheins dem Schuldner eine exceptio, wie bei dem pactum de non petendo, verschaffen soll. Allein die Urkunde über den zweiseitigen Miethvertrag kann nicht als einseitige Schuldverschreibung gelten, deren Rückgabe zu Gun-

[1]) Schol. 2 ad Basil. XIII. 2, 38 (HEIMB. T. II p. 61): — — *εἰ καὶ τὰ μάλιστα δὲ ταῦτα τὰ συμβόλεια, τουτέστιν, τὸ μισθωτικὸν γραμματεῖον, μὴ ἀναδοθῇ σοι* — —.

79. sten des Schuldners spricht, vielmehr wird der Miethvertrag immer in mehreren Exemplaren existiren und davon eines der locator, das andere der conductor besitzen. Die Glosse[1]) und Spätere[2]) nehmen an, Claudius habe die residua pecunia noch besonders versprochen und eine Urkunde darüber ausgestellt, welche dann deponirt worden sei. Dieß ist aber unwahrscheinlich, da sich kein Grund denken läßt, weshalb dann die Parteien jenen Schuldschein sequestrirt hätten. Ich möchte daher eher behaupten, daß Titius beim Empfangen der Abschlagszahlung des Claudius eine Quittung auf das Ganze ausgestellt habe und daß es diese Quittung war, welche bei dem Sequester deponirt wurde. Vielleicht hatten auch beide Theile einen Vergleich über ihre gegenseitigen Ansprüche abgeschlossen, wonach Claudius dem Titius noch eine gewisse Summe herausgeben mußte, so daß die Vergleichsurkunde als Schuldbekenntniß des Claudius gelten konnte und jetzt, nachdem ein Theil jener Summe abschläglich bezahlt, bei dem Sequester deponirt worden war. Mag nun das Eine oder das Andere der Fall gewesen sein, immer liegt eine wirkliche Sequestration vor, die ihren guten Grund und Zweck hatte. Auf die Quittung über das Ganze hat Claudius zwar noch kein Recht, er kann aber Quittung über die Abschlagszahlung fordern; wenn nun Titius aus irgend einem Grund gleich die Quittung über das Ganze ausstellt und Claudius damit übereinstimmend auf die Quittung für seine Abschlagszahlung verzichtet, so ist es sehr natürlich, daß man im Interesse der beiderseitigen Bequemlichkeit und factischen Sicherheit dahin sich einigte, jene Schrift einstweilen bei einem Dritten zu deponiren mit der Bestimmung, daß dieser sie erst nach vollständiger Tilgung der Schuld dem Claudius überliefere. Denken wir an ein Vergleichsinstrument, so ist es auch den im Verkehr gewöhnlich beobachteten Billigkeitsrücksichten gemäß, wenn nach geschehener

---

[1]) Gl. *Propter*] in L. 5 C. cit.: Loquitur colono, qui nummis colit et partem soluerat et de residuo cauerat et apud communem amicum instrumentum deposuerat.

[2]) So z. B. I. BRUNNEMANN Comm. in Cod. ad h. l.

Abschlagszahlung die Parteien dahin sich vertragen, die Urkunde 79.
solle jetzt bei einem Sequester deponirt und erst nach vollständiger Bezahlung der Schuld dem Claudius übergeben werden. In beiden Fällen ist das gegenwärtige Rechtsverhältniß an der Urkunde gar nicht zweifelhaft. Titius hat das Recht, sowohl seine Quittung, als das Vergleichsinstrument zu besitzen, so lange bis er vollständig befriedigt ist. Wenn er einwilligt, die fraglichen Urkunden zu sequestriren, so geschieht das nur, um sich von der Last der Bewahrung zu befreien und um seinem Mitcontrahenten eine factische Sicherheit zu geben, daß derselbe jene Urkunden nach vollständiger Zahlung erhalten werde. Es ist dieß keineswegs eine wirkliche Caution, Titius hat nicht den Willen, den Besitz aufzugeben; aber im gegenseitigen Interesse sollen die Urkunden von dem Dritten gut aufbewahrt und je nachdem die Zahlung rechtzeitig geschieht oder nicht, dem Claudius oder dem Titius restituirt werden, welche Restitution von dem Einen oder Anderen mit der sequestraria depositi actio zu erzwingen ist. Ich nehme daher an, daß auch hier bloß eine sequestratio custodiae causa vorliege. Bedurfte es doch im vorliegenden Fall gar keiner eigentlichen Caution irgendwelcher Art: Claudius war ja, wie die Kaiser richtig bemerken, nach Erfüllung seiner Verbindlichkeiten durch die Zahlung selbst gesichert. Die Urkunde kann überhaupt nur für den Beweis der Entstehung oder Aufhebung einer Obligation etwas nützen, und wenn eine Obligation durch Solution wirklich getilgt, ist es ganz gleichgültig, ob der Beweis der Zahlung durch etwaige vorhandene Urkunden, oder durch andere Beweismittel beigebracht werde. Daß übrigens die Sicherung, welche dem Claudius zu Theil wurde, bloß als eine factische aufzufassen ist, geht schon daraus hervor, daß seine Lage, rechtlich betrachtet, durch die Deposition durchaus nicht verbessert wird. Er konnte auch ohne die Letztere nach vollständig geschehener Zahlung eine Quittung über das Ganze vom Titius verlangen oder das Vergleichsinstrument zurückfordern. Jetzt erhält er die Quittung resp. die Vergleichsurkunden von dem Sequester: er ist nur insofern besser daran, als er vielleicht mehr Zutrauen auf die Zuver-

79. lässigkeit und Rechtlichkeit des Sequester, als auf diejenige seines Mitcontrahenten hat.

Ganz denselben Fall einer Sequestration, wie die eben betrachtete Constitution, enthält:

C. 6 eod.

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. Alexandro. Is, penes quem utramque partem transactiones uel alia instrumenta commendasse dicis, legem, qua haec suscepit, seruare necesse habet. Dat. IIII. Kal. Mart. Sirmii .... Coss. [293—305].

Eine ausführliche Erklärung dieser Stelle ist nach der vorausgegangenen Erörterung unnötig. Uebrigens leuchtet ein, daß die freiwillige sequestratio custodiae causa noch in anderen Fällen vorkommen kann und es lassen sich auch in den Pandekten noch Beispiele derselben finden, z. B. in Fr. 39 de solutionib. (46. 3), ohne daß wir dieselben weiter verfolgen wollen.

B. Auf richterlichen Befehl.

§ 80.

Von der Deposition von Urkunden bei einem Sequester auf richterlichen Befehl sprechen folgende Stellen:

Fr. 5 familiae erciscundae (10. 2):

GAIUS (libro VII° ad Edictum prouinciale)

Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit; ceteri descriptum et recognitum faciant[1]) cautione interposita, ut,

---

[1]) *Vulgat.* (HSS. und Ausgaben, z. B. Lugd. apud Vincentium 1541) und *Haloand.* ceteris descriptum et recognitum faciat. Vgl. Glück, Pandektencommentar Bd. 11 S. 46 Not. 30. BRENKMAN in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. Not. 25 ad h. l. Diese Lesart scheint unterstützt zu werden durch die Basiliken (XLII. 3, 5. HEIMB. T. IIII p. 254), wo es heißt: „καὶ δίδωσι τοῖς ἄλλοις ἴσα" (et ceteris exempla dat). Auf diese Stelle hin behauptet LEONIUS Emendat. IIII. 2, die Worte „descriptum et recognitum" seien interpolirt und man müsse lesen „ceteris exemplum fa-

quum res exegerit, ipsae exhibeantur. Si omnes iisdem ex 80. partibus heredes sint, nec inter eos conueniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet, aut ex consensu uel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, uel in aede sacra deponi debent.

C. 5 communia utriusque iudicii (3. 38):
Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. Frontino et Gafirioni. — De instrumentis, quae communia fratrem uestrum tenere proponitis, Rector prouinciae aditus, apud quem haec collocari debeant, existimabit. PP. VI. Id. Feb. Sirmii, AA. Coss. [293—304].

Das Fragment wie die Constitution behandeln den Fall, wo wegen gemeinschaftlicher Urkunden eine Theilungsklage angestellt ist. Beide geben Regeln über die Entscheidung. Daß die erste Stelle noch den ordo iudiciorum priuatorum voraussetzt („iudex curare debet"), während die zweite auf eine extraordinaria cognitio sich bezieht („Rector prouinciae aditus — existimabit"), ist gleichgültig, da Beide auf die materielle Entscheidung des Streitverhältnisses gehen, welche troß des veränderten Prozeßgangs dieselbe bleiben mußte.

Eine reelle Theilung von Urkunden ist natürlich unmöglich. Es kann also die fragliche Urkunde als untheilbare Sache nur einem der Litiganten adiudicirt werden. Nach bekannten Regeln ist nun, wenn im Theilungsprozeß dem einen Theilhaber die Sache ganz zugesprochen wird, der andere durch Geldentschädigung, durch dingliche Rechte, welche an der bisher gemeinschaftlichen Sache bestellt werden 2c., abzufinden.[1]) Dieß ist aber bei Urkunden nicht möglich. Der Schade, welcher einer der Parteien

---

ciat." Allein dagegen sowie gegen das „ceteris" vgl. BRENKMAN a. a. O., der in letzterer Beziehung richtig bemerkt: „Forte hoc ortum est ex uerbis finalibus legis praecedentis: sed et ille exemplum dat, qui ceteris describendi potestatem facit." Die Worte „ceteris — faciat" in Parenthese zu setzen, wie GUIL. BESTIUS Coniect. quaed. ex iur. ciuil. c. 3 (G. OELRICHS Thes. diss. iur. Vol. I. t. 1 p. 220) und WALCH zu ECKHARD Herm. iur. p. 88 wollen, ist unnütz.

[1]) Arndts, Pandekten § 320.

90. aus dem Nichtbesitz der Urkunde erwachsen kann, läßt sich jetzt noch nicht ermessen; für Jeden der bisherigen Theilhaber bleibt es auch in Zukunft wichtig, von der Urkunde, sobald er deren bedarf, sofort Gebrauch machen zu können. Dabei ist nicht zu übersehen, daß ein Streit um gemeinschaftliche Urkunden wohl seltener dadurch veranlaßt wird, daß ein Theilhaber nunmehr wirkliche Abtheilung von seinen Gemeinschaftsgenossen erstrebt, als dadurch, daß man sich nicht darüber einigen kann, wer die fragliche Urkunde aufbewahren soll. Dem Richter lag es nun ob, das Verhältniß überhaupt ex fide bona zu ordnen.[1]) Warum sollte ihm da nicht die Befugniß zugestanden haben, gewisse Sachen, bei denen weder eine reelle Theilung, noch genügende Abfindung der einzelnen Theilhaber denkbar war, im gemeinschaftlichen Eigenthum zu belassen, dabei aber Maaßregeln zu treffen, um künftigen Streitigkeiten vorzubeugen? Daß diese Befugniß dem iudex wirklich zustand, beweist unser Fragment: es soll derselbe im iudicium familiae erciscundae rücksichtlich der gemeinschaftlichen Urkunden dahin erkennen, daß diese „apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit", zugleich aber muß er von Letzterem Caution bestellen lassen: „ut, quum res exegerit, (*cautiones*) exhibeantur." Nirgends ist hier von einer Adiudication die Rede: die Urkunden sollen dem einen Erben nur zur Aufbewahrung gelassen werden („apud eum maneant" und weiter unten: „— apud quem potius esse debeant"), offenbar so, daß sie gemeinschaftlich bleiben. Ist die angegebene Entscheidung nicht möglich, weil die Erben zu gleichen Theilen instituirt sind, so müssen dieselben um die Aufbewahrung losen, natürlich wieder unter der Voraussetzung, daß derjenige, welchen das Loos trifft, cautio de exhibendo bestelle, ja es kann, wenn es zweckmäßiger erscheint, sogar dahin erkannt werden, daß die Sache bei einem Sequester deponirt werde, für welchen Fall doch jedenfalls anzunehmen ist, daß sie gemeinschaftlich bleibe.[2])

---

[1]) Paullus Fr. 27 famil. ercisc. (10. 2). Keller, Röm. Civilprozeß § 40 S. 162. Dernburg, Compensation S. 94.

[2]) Hieraus ergiebt sich die Unzulänglichkeit der Formel, welche Dern-

80. Die Bestimmung der Kaiser in C. 5 cit. ist einfacher als die eben beleuchtete Darstellung des Gaius. Der Praeses prouinciae soll bestimmen, bei wem die streitigen Urkunden zu deponiren sind, ohne daß vorher ein Versuch zu machen wäre, dieselben bei einem der Theilhaber gegen cautio de exhibendo unterzubringen. Auch steht die Wahl des Sequester nicht mehr den Betheiligten frei, sondern der Praeses soll ihn ernennen. Das Erstere ist daraus zu erklären, daß uns ein kaiserliches Rescript vorliegt, welches vielleicht durch einen Fall veranlaßt wurde, bei welchem an ein Verfahren, wie es Gaius vorschreibt, nicht gedacht werden konnte, indem Gründe vorhanden waren, sofort zum letzten Mittel, der Sequestration der Urkunden, zu schreiten. Das Andere erscheint nicht wunderbar, wenn wir die veränderte Stellung bedenken, welche die Sequestration überhaupt im späteren Prozeß einnimmt: eher erbringt uns die Constitution einen Beweis dafür, daß schon von der ersten Zeit an, wo das Verfahren extra ordinem allgemein geworden war, die Sequestration zu einem ganz anderen Institut sich umgewandelt hatte.[1])

Was nun aber die bei Gaius erwähnte Sequestration anbetrifft, so ist es eine wahre und eigentliche Sequestration, trotzdem daß mehrere Communionsinteressenten die Sache deponi-

---

burg, Compensation S. 94, für die actio familiae erciscundae construirt hat: „QVOD SEMPRONIANA HEREDITAS INTER TITIVM ET SEIVM COMMVNIS EST Q. D. R. A. QVANTVM PARET OB EAM REM TITIO SEIOVE ADIVDICARI TITIVMQVE SEIO SEIVMVE TITIO CONDEMNARI OPORTERE, TANTVM IVDEX TITIO SEIO ADIVDICATO, TANTVMQVE TITIVM SEIO SEIVMVE TITIO CONDEMNATO.“ Wollten wir auch von dem fehlenden Beisatz „EX FIDE BONA“ absehen, so würde doch der iudex durch diese Formel nur die Befähigung erhalten, zu adiudiciren, bezüglich zu condemniren. Da wir aber aus unserer obigen Stelle ersehen, daß der iudex die Befugniß hatte, noch einen dritten Weg einzuschlagen, so muß die Formel notwendig einen Zusatz erhalten, welcher den iudex auch hierzu ermächtigt. Auch der Keller'schen Formel der actio communi diuidundo (Röm. Civilprozeß § 40 Not. 458 S. 162) wäre ein solcher Zusatz zu wünschen, da sich dort das „EX FIDE BONA“ nur auf das Verfahren bei der adiudicatio *resp.* condemnatio beziehen kann, nicht aber auf eine Thätigkeit, welche über das Adiudiciren *resp.* Condemniren hinausgeht.

[1]) Vgl. unten §§ 108 ff.

80. ren.[1]) Es kann nämlich gewiß nicht Jeder der Interessenten mit der actio depositi seine Quote fordern, sondern es soll nur Einer certa conditione (z. B. wenn die anderen Interessenten hinwegfallen) die Sache mit der actio sequestraria zurückzuverlangen im Stande sein. Das Verhältniß der Deponenten zu einander ist als ein (wenngleich durch richterliche Entscheidung veranlaßter) Vertrag aufzufassen, die Sache einem Dritten zur Aufbewahrung im gemeinsamen Interesse zu übergeben. Der Hauptzweck ist, die Streitigkeiten über die Aufbewahrung der Urkunde zu entfernen. Die erstrebte Sicherung der Rechte der Parteien tritt daneben in den Hintergrund: es entsteht höchstens eine rein factische Sicherheit, ohne daß an ein eigentliches gegenseitiges Caviren durch die gemeinschaftliche Deposition gedacht werden könnte. Sämmtliche Deponenten bleiben vielmehr Miteigenthümer und juristische Mitbesitzer der Sache: Keiner davon giebt seinen juristischen Mitbesitz auf, um den Anderen dadurch rücksichtlich der zwischen ihm und Jenem bestehenden Obligation zu sichern. Es ist ein ganz ähnliches Verhältniß wie dasjenige, welches wir oben bei Gelegenheit der Erklärung der C. 5 depositi (4. 24) und C. 6 eod. kennen lernten, nur daß dort die Deposition von den Parteien aus eigenem Entschluß und Antrieb geschah, während sie hier erst auf richterlichen Befehl erfolgt.[2])

§ 81.

Noch einen Fall der sequestratio custodiae causa finde ich in

---

[1]) Vgl. oben § 17 S. 37 Not. 1.

[2]) Von der Deposition von Urkunden, an denen Mehrere ein Interesse haben, bei einem Dritten handeln viele Stellen, so z. B. auch Fr. 4 § 2 famil. erciscund. (10. 2) und namentlich PAULLUS Sent. rec. V. 25, 9. An eine eigentliche Sequestration braucht dabei nicht immer gedacht zu werden, obgleich gerade die Stelle bei PAULLUS sich recht gut auf eine solche beziehen läßt: „Instrumenta penes se deposita quicunque alteri altero absente reddiderit uel aduersario prodiderit, pro personae eius conditione aut in metallum damnatur aut in insulam relegatur."

Fr. 22 [23] § 8 soluto matrimonio (24. 3): 81.
ULPIANUS (libro XXXIII° ad Edictum)

Sin autem in saeuissimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non uult, spernit autem infelicitatem uxoris, et non ad eam flectitur, nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus[1]) est, sed abutitur dote[2]), tunc licentiam habeat uel curator furiosae, uel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito, omnem talem mulieris sustentationem sufferre, et alimenta praestare, et medicinae eius[3]) succurrere, et nihil praetermittere[4]), quae[5]) maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem. Sin uero dotem ita dissipaturus manifestus est[6]), ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari[7]), quatenus ex ea mulier competens habeat sola-

---

[1]) *Hal.*, *Vulg.* manifestissimum.

[2]) So *Hal.*, *Vulg.* Die *Florent.* hat offenbar unrichtig dotem.

[3]) *Hal.*, *Gothofred. in Not.* et medicina ei succurrere.

[4]) *Hal.*, *Vulg.* Die *Florent.* hat ursprünglich praetermitte, corrigirt praetermitti. So auch *Taurelli.* Vgl. BRENKMAN Not. 29 ad h. l. in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur.

[5]) *Taur.*, *Gothofred. in Not.* nihil praetermitti quorum. *Hal.* nihil praetermittere quorum. Die *Florent.* hatte ursprünglich quae, corrigirt quorum. Vulgathss. haben quod. Vgl. GEBAUER Not. 30 ad h. l. in der Göttinger Ausgabe.

[6]) *Flor.* Sin uero dotem ita dissipaturus ita manifestus est. Die Vulgathss. und gedruckten Ausgaben stimmen darin überein, daß sie das zweite ita weglassen. BRENKMAN Not. 31 ad h. l. in der Göttinger Ausg. des Corp. iur. Die *Vulgat.* ändert auch das manifestus in manifestum und liest ita dissipare manifestum est; ähnlich *Hal.* ita eum dissipaturum manifestum est. Noch andere Lesarten und Conjecturen s. in der citirten Not. 31 ad h. l. im Göttinger Corp. iur. Ich bleibe bei ita dissipaturus manifestus est, obwohl nicht zu läugnen steht, daß dann dem ULPIAN ein Gräcismus zum Vorwurf gemacht werden muß. Allein Gräcismen sind sonst bei Röm. Schriftstellern nichts Unerhörtes, und gerade unsere Construction kommt öfter vor. So bei PAULLUS Fr. 3 de dote praelegata (33. 4): „Qui ita legat — — manifestus est.“ TACIT. Annal. II. 57: „atrox et dissentire manifestus.“ Vgl. ECKHARD Herm. iur. I. 3, 107 p. 170.

[7]) *Hal.* ut hominem non frugi: oportet dotem tunc sequestrari.

81. tium una cum sua familiā, pactis uidelicet dotalibus, quae inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus, et alterius exspectantibus sanitatem aut[1]) mortis euentum.

Der Mann ist verpflichtet, der dotirten wahnsinnigen Frau Unterhalt und Alimente zu gewähren, sowie für ihre Heilung zu sorgen und überhaupt Alles zu prästiren: „quae maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem." Er kann dazu auf Antrag des Curators oder der Cognaten der Frau vom Magistrat extra ordinem angehalten werden. Ja es soll der Magistrat — natürlich wieder auf Antrag der genannten Personen — Sequestration der dos anbefehlen, wenn der Mann leichtsinnig und verschwenderisch mit derselben umgeht und dabei keine Rücksicht auf die Frau nimmt. Die Frau erhält dann für sich und ihren Hausstand (familia) den ihr zukommenden Unterhalt daraus. Das ist eines von den Privilegien, durch welche das Recht der Frau auf die dos sichergestellt wurde, ähnlich demjenigen, wonach die Frau, wenn der Mann der Insolvenz entgegengeht, schon während der Ehe die dos beanspruchen kann zum Unterhalt für sich und ihre Kinder.[2]) Das Eigenthum des Manns an der dos ist ja durch mancherlei Bestimmungen so eingeschrumpft, daß es, dem materiellen Inhalt nach, mehr einem Usufructus gleichsieht, während die eigentlich rein persönlichen Rechte der Frau an der dos durch viele Begünstigungen so ausgedehnt worden sind, daß sie materiell gleichsam als ruhendes Eigenthum erscheinen. Wohl aber ist zu bemerken, daß die Sicherstellung der Frau sich auf die Erhaltung der dos sowohl für den Fall der Auflösung der Ehe, als für den Fall der Fortdauer derselben bezieht und daß gewissermaßen die Sequestration auch zum Vortheil des Manns geschieht, da es, so lange die Ehe besteht, in seinem wohlverstandenen Interesse liegt, daß die dos nicht vermindert werde. So ist hier überall kein Grund vorhanden, anzunehmen, die Seque-

---

[1]) *Ital*, *Vulg*. Die *Flor*. hat et.

[2]) Ulpianus Fr. 24 [25] solut. matrim. (24. 3). Iustinianus C. 29 de iure dotium (5. 12).

stration trete an die Stelle einer eigentlichen prätorischen Caution. 81.
Es wird die dos dem Sequester übergeben zur Aufbewahrung im gegenseitigen Interesse, die Sicherheit, welche dadurch beiden Theilen gewährt wird, ist rein factischer Natur. Im gegenwärtigen Augenblick ist die dos noch gar nicht streitig, ebenso ist es nicht streitig, daß die Frau ihren Unterhalt vom Mann aus derselben empfangen muß. Aber um Streitigkeiten vorzubeugen, zukünftigen Streitigkeiten, die wohl zur Anerkennung des Rechts der Frau, doch erst nachdem sie Jammer und Trübsal erduldet, führen würden, wobei es sehr zweifelhaft sein könnte, ob sich dann jene anerkannten Rechte noch realisiren ließen, wird die dos sichergestellt, indem der Prätor befiehlt, sie der Hut eines zuverlässigen Manns anzuvertrauen. Es ist das ein außerordentliches, nicht auf andere Rechtsgrundsätze zurückzuführendes Mittel. Allein bei der dos darf der Magistrat im öffentlichen Interesse zu solchen Mitteln greifen, denn: „Reipublicae interest, mulieres dotes saluas habere.“[1]) Ein Bedenken steigt nur gegen den Ausdruck sequestrare auf. Hätte Ulpian nicht besser gethan, zu sagen, die Verwaltung der dos werde dem Mann entzogen und einem Curator übergeben? Allein es wäre unerhört, Jemanden gleichsam nur für einen Theil seines Vermögens für einen prodigus zu erklären und deshalb theilweise unter Curatel zu stellen. Aus diesem Grund hat Ulpian den Ausdruck sequestrare wohl absichtlich gewählt. Wie es rücksichtlich einzelner Sachen eines Menschen, deren zukünftiges juristisches Schicksal noch ungewiß, möglich ist, Deposition bei einem Sequester anzuordnen, so kann vorgeschrieben werden, es solle ein ganzer Vermögenscomplex einem Dritten zur custodia übergeben werden, welcher ihn, je nach dem Eintritt oder Nichteintritt einer gewissen Bedingung, dem bisherigen Inhaber oder einem anderen Berechtigten zu restituiren hat. Der Dritte aber wird nicht wie ein Curator von dem Prätor ernannt, sondern durch Wahl der Parteien (hier des Manns und der Stellvertreter der Frau) bestimmt. In dem Vermögenscomplex sind nun nicht bloß körperliche Sachen enthalten, namentlich nicht bloß

[1]) PAULLUS Fr. 2 de I. D. (23. 3). POMPONIUS Fr. 1 solut. matr. (24. 3).

81. Mobilien, welche deponirt werden können: denn es kann höchstens an eine Deposition der beweglichen Sachen, der natürlichen und civilen Früchte von den unbeweglichen und Capitalien gedacht werden. Deshalb ist der Contract mit dem Sequester nicht wohl ein bloßes Depositum, sondern er geht in ein Mandatum über. In diesem aber erscheinen alle den Auftrag Ertheilenden als Mandanten: hier also der Mann und die Frau durch ihre Vertreter, so daß nicht daran zu zweifeln ist, es liege der Fall einer wirklichen Sequestration vor. Freilich müssen wir gestehen, daß die Sequestration eines ganzen Vermögens die alten engen Grenzen, welche der depositio apud sequestrem gesteckt waren, schon weit übersprungen hat. Diese Ausdehnung war aber möglich geworden, sobald man anerkannt hatte, daß der Contract zwischen dem Sequester und seinen Mitcontrahenten nicht immer Depositum, sondern auch Mandat 2c. sein könne.[1])

---

[1]) Scipio Gentilis De donationib. inter uirum et uxorem. Francof. 1606 IIII. 24 meint, der ganze § 8 des Fr. 22 solut. matr. sei eine Interpolation. Dieß ist aber sicher eine grundlose Behauptung, wie denn auch die obige Interpretation gezeigt hat, daß sich unsere Stelle recht gut mit dem zur Zeit Ulpian's geltenden Recht verträgt. — Uebrigens hatte man noch andere, der Sequestration verwandte Mittel, um einen Vermögenscompler, dessen zukünftiges rechtliches Schicksal noch ungewiß war, wenn der jetzige Inhaber anfing zu verschwenden, sicherzustellen. So z. B. C. 3 de postliminio reuersis (8. 51): „Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Varo. — Quum cognatos tuos nondum postliminio regressos affirmes, sed adhuc in rebus esse humanis, et bona eorum fraudibus diuersae partis dissipari, interpellatus Rector prouinciae prouidebit eum sub obseruatione constituere, qui stipulante seruo publico satis idonee dederit. PP. V. Kal. Sept. Diocletiano III. et Maximiano Coss. (287). Hier ist freilich von der Bestellung eines wirklichen curator die Rede, wie auch allgemein angenommen wird. S. die Gl. *eum*] ad h. l. und Brunnemann Comm. ad Cod. in h. l. Hase, das ius postliminii und die fictio legis Corneliae. Halle 1851 S. 103. Vgl. auch Ulpianus Fr. 15 § 1 ex quib. caus. (4. 6); Fr. 6 § 4 de tutelis (26. 1). Paullus Fr. 6 § 2 de cessione bonor. (42. 4). Ein solcher Curator hat insofern Aehnlichkeit mit dem Sequester, als es noch ungewiß ist, wem er das Vermögen zu restituiren hat. Verschieden von demselben ist er aber dadurch, daß er vom Prätor bestellt, nicht von den Parteien ernannt wird. Vgl. übrigens auch Paullus Sent. rec. V. 12, 6.

3. Anhang.

Die Sequestration von Personen.

§ 82.

Hier ist es am Platze, von einem der Sequestration ganz 82. analogen Verhältniß zu reden, welches bei dem interdictum de liberis exhibendis, item ducendis vorkommt. Bekanntlich dient das interdictum de liberis exhibendis nur zur Vorbereitung des interdictum de liberis ducendis.[1]) Das Letztere heißt:

Si Lvcivs Titivs in potestate Lvcii Titii est, qvo minvs evm Lvcio Titio dvcere liceat, vim fieri veto.[2])

Ueber dasselbe wird in Fr. 3 § 3 sqq. de liberis exhibendis (43. 30) folgendermaßen gehandelt:

§ 3. Hoc autem interdictum competit non aduersus ipsum filium, quem quis ducere uult, sed utique esse debet is, qui eum interdicto defendat. Ceterum cessat interdictum, et succedere poterit notio Praetoris, ut apud eum disceptetur, utrum quis in potestate sit, an non sit. § 4. Iulianus ait, quoties id interdictum mouetur de filio ducendo, uel cognitio, et is, de quo agitur, impubes est, alias differri oportere rem in tempus pubertatis, alias repraesentari. Idque ex persona eorum, inter quos controuersia erit, et ex genere causae constituendum est; nam si is, qui se patrem dicit, auctoritatis, prudentiae, fidei exploratae esset, usque in diem litis impuberem apud se habebit; is uero qui controuersiam facit, humilis, calumniator, notae nequitiae, repraesentanda cognitio est. Item si is, qui impuberem negat in aliena potestate esse, uir omnibus modis probatus, tutor uel testamento, uel a Praetore datus, pupillum, quem in diem litis apud se habuit, tuetur[3]); is uero, qui patrem se dicit, suspectus est quasi calumniator,

---

[1]) Ulpianus Fr. 3 § 1 de liber. exhib. (43. 30).

[2]) Fr. 3 pr. ibid.

[3]) *Haloand.* quem apud se habuit, in diem litis tuebitur.

82. differri litem non oportebit. Si uero utraque persona suspecta est, aut tanquam infirma, aut tanquam turpis, non erit alienum, inquit, disponi, apud quem interim puer educetur[1], et controuersiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem uel imperitiam alterutrius contendentium aut alienae potestati paterfamilias addicatur, aut filius alienus patrisfamiliae loco constituatur. § 5. Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit; idque Decretis Diui Pii quibusdam continetur; optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur. § 6. In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum, eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matremfamilias deponi Praetor iubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. Quum audis matremfamilias, accipe notae auctoritatis feminam.

Mitunter hat man die Römische väterliche Gewalt als wirkliches Eigenthumsrecht des Vaters über die Kinder aufgefaßt.[2] Allein diese Annahme ist ganz unrichtig.[3] Die Familienverbindung ist auf der Familienliebe ruhend und „das Recht als die Norm des in Handlungen hervortretenden Willens für sich, erfaßt nicht das ganze Wesen der Familie, sondern nur deren Anerkennung in den Willensäußerungen der Personen für sich in ihrem Verhältniß als Familienmitglieder, oder zu solchen — —. Sowie das Familienglied ein Recht gegen das andere geltend macht, abstrahirt es von der Eigenschaft Beider als Glieder derselben Familie, und führt seinen Willen als Person für sich durch gegen den Andern, diesen ebenfalls nur als Person für sich erfassend.

[1]) *Haloand.*, *Vulg.* Die *Florent.* hat educeretur.

[2]) So z. B. noch Th. Mommsen, Röm. Geschichte. Leipz. 1854 Bd. I S. 56.

[3]) Böcking, Pandekten-Institutionen Bd. I § 43 Not. 9 S. 166. Vgl. überhaupt die trefflichen Ausführungen dieses Schriftstellers über die Röm. Familienbotmäßigkeit a. a. O. §§ 42 ff. SS. 161 ff. namentlich § 42 Not. 9. 10 S. 163 und auch § 131 Not. 4 S. 501.

Nur aus dem juristisch anerkannten sittlichen Wesen der Familie 82.
läßt es sich auch begreifen, daß juristische Handlungen die natürliche Begründung oder Auflösung des Familienbands ersetzen können: „„„. . aut natura, aut iure . .““ (Fr. 195 § 2 de V. S. [50. 16]).“[1]) Es ist daher bei jedem Familienverhältniß Zweierlei zu scheiden: die natürliche auf Familienliebe ruhende Verbindung zwischen den Verwandten und die positiv-rechtliche Gestaltung des Verhältnisses. Im Römischen Recht nun hatte sich die patria potestas in den alten Zeiten mit großer Intensivität entwickelt und war zu einem Recht geworden, welches dem Eigenthumsrecht ganz ähnlich sah. Das Kind ist aber nie zur Sache, mithin nie zum reinen Object wirklichen Eigenthums herabgesunken, und daß dieß die Auffassung der Römischen Juristen war, geht hervor aus

Fr. 2 § 2 de interdictis (43. 1):

PAULLUS (libro LXIII° ad Edictum)

Quaedam interdicta rei persecutionem continent, ueluti de itinere actuque priuato[2]); nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, ueluti proprietatis causam continent. Item illa de liberis exhibendis, quae iuris tuendi causa diximus competere; ut non sit mirum, si, quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habeant.

Es wird ja hier das Interdict, welches zum Schutz der patria potestas dient, zusammengestellt mit Interdicten, die überall nicht zum Schutz eines wirklichen Eigenthumsrechts, sondern zum Schutz von Rechten, die dem Eigenthum analog gebildet sind („ueluti proprietatis causam continent“), gebraucht werden, so daß überhaupt, wenn hier proprietas ohne Zusatz vorkommt, darunter nicht sowohl wirkliches Eigenthum, als das dem Eigenthum analoge

[1]) Böcking a. a. O. S. 163. Not. 9.

[2]) Damit ist jedenfalls, wie schon die Glosse annimmt, das interdictum de itinere reficiendo gemeint. Vgl. Huschke, Studien des R. R. (1830) S. 387. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 13. S. 240 ff. K. A. Schmidt, Interdictenverfahren der Römer S. 85.

82. Recht selbst im Gegensatz zu dem Quasibesitz desselben verstanden wird.[1]) Man nimmt also ähnlich, wie es eine quasi possessio giebt, eine quasi proprietas an und die Letztere ist natürlich ein anderes Recht als das Eigenthum selbst. Uebrigens wird gerade bei dem interdictum de liberis exhibendis ausdrücklich gesagt: es sei „iuris tuendi causa" reddirt. Der Jurist würde sich nicht scheuen, dieses ius, wenn es Eigenthum wäre, auch als proprietas oder dominium zu bezeichnen. Ferner spricht gegen die Annahme, daß die patria potestas als Eigenthum an dem Hauskind aufgefaßt worden, der Umstand, daß da, wo dieselbe auf dem

[1]) K. A. Schmidt a. a. O. S. 81 ff. S. 92 nimmt an, daß von den „interdicta, quae rei persecutionem continent" zwei Arten unterschieden seien: die „interdicta quae proprietatis causam continent" und die „interdicta quae ueluti proprietatis causam continent". Von den Letzteren seien zwei Kategorien aufgeführt: die „interdicta quae de locis sacris et religiosis proponuntur" und die „interdicta quae iuris tuendi causa competunt." Dabei faßt er das „proprietatis causam continens" so, als ob damit bezeichnet werde, es müsse ein wahrer Eigenthumsbeweis erbracht werden (SS. 82. 83); das „ueluti proprietatis causam continens" so: der Kläger verfolge ein dem Eigenthum vergleichbares Recht (S. 83); dem interdictum aber, welches „iuris tuendi causa" gegeben werde, fehle jede proprietatis causa (S. 84). Diese Bedeutungen sind aber zum Theil unmöglich, denn auch das interdictum de itinere reficiendo, welches als ein interdictum proprietatis causam continens bezeichnet wird, setzt bloß den Beweis des ius reficiendi voraus, also einen Beweis, welcher allerdings von dem Beweis des ius itineris uel actus abhängt, während dieser wieder auf dem Beweis des Eigenthums an dem praedium dominans ruht; allein der Letztere bezieht sich nur auf die Legitimation des Klägers; rücksichtlich des Rechts selbst ist nichts Anderes zu beweisen, als das Vorhandensein desselben, also lediglich das Vorhandensein eines in gewisser Beziehung dem Eigenthum analogen Rechts. Uebrigens wird im Schlußsatz der Stelle („ut non sit mirum" *etc.*) geradezu gesagt, daß die interdicta, quae ad rem familiarem pertinent, „proprietatis causam" haben und rei familiaris causa proposita interdicta sind jedenfalls nicht bloß — wie Schmidt a. a. O. S. 92 Not. 22 will — diejenigen, welche auf das Vermögen sich beziehen, sondern es geht vielmehr aus dem Zusammenhang der Stelle hervor und ist auch mit dem Ausdruck verträglich, daß damit außer den genannten vermögensrechtlichen interdicta das interdictum de liberis ducend. bezeichnet wird. Die Eintheilung Schmidt's ist daher ebensowenig zu billigen, wie die von ihm (am zuletzt angeführten Ort) gut widerlegte Leist'sche Ansicht.

natürlichen Weg durch Erzeugung und Geburt in Römischer Ehe entstanden, keine Vindication des Sohnes zugelassen wurde, sondern daß eine solche nur in den weit selteneren Fällen statthatte, wo die patria potestas durch Rechtshandlungen erworben war.[1]) Ebenso aber wie es kein Eigenthum an dem in der Gewalt befindlichen Sohn gab, war kein Besitz an demselben möglich, ja nicht einmal eine Quasipossessio der väterlichen Gewalt darf — obgleich sie denkbar wäre — angenommen werden, da die Römer dafür keine besondere Theorie und keine besonderen Rechtsmittel ausgebildet haben[2]), vielmehr ganz einfach und nackt sagen, das interdictum de liberis ducendis gehöre nicht zu den interdicta

---

[1]) Fr. 1 § 2 de R. V. (6. 1). S. u. Beilage V.

[2]) Vgl. meine Inauguraldissertation über die Ersitzung der Servituten. Erl. 1852 S. 44 und die dort Citirten. R. Elvers (die Röm. Servitutenlehre. Marb. 1856. S. 659 Not. x) kennt freilich eine Quasipossessio, die unabhängig ist von einem quasipossessorischen Interdict und auch ohne ein solches bestehen kann. Ein derartiger Quasibesitz existirt aber nur vielleicht in irgend einem Handbuch des Naturrechts und bei Elvers. Die Römischen Prätoren dagegen hatten es für angemessen erachtet, für den Quasibesitz der einzelnen Rechte besondere positive Satzungen aufzustellen und diese, wie sie es gewohnt waren, in eine Interdictenformel zu fassen. Wo die Bedingungen dieser nicht vorhanden sind, kann daher auch von einem rechtlich geschützten Quasibesitz nicht die Rede sein. Das ist sehr klar und einfach und kaum zu bezweifeln. Nun hat zwar der Prätor in der Formel für das interdictum de itinere actuque priuato (Fr. 1 pr. de itin. actuq. priu. [43. 19]) das Requisit einer Ausübung an mindestens 30 Tagen des vergangenen Jahres nicht ausdrücklich aufgestellt, indem er nur sagt:

QVO ITINERE *etc.* HOC ANNO NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO AB ILLO VSVS ES *etc.*

allein das VSVS ES wurde, wie wir von ULPIAN (Fr. 1 § 2 eod.) erfahren, so verstanden: „si modo anno usus est uel modico tempore, id est non minus, quam triginta diebus". Schief ist es, wenn Elvers behauptet, ich müsse „consequent dann auch annehmen, daß gewaltsame Unterbrechung der Ausübung oder daß die Eingehung eines Precarium durch den Ersitzenden die Ersitzung noch nicht unterbreche, da ja das Interdict dann noch nicht verloren gehe." Aber das Interdict findet dann überhaupt nicht statt, denn sowohl, wenn von den als Minimum festgesetzten 30 Ausübungen eine einzige ui, clam oder precario vorgenommen war, kann von einer Quasipossessio nicht die Rede sein, als auch dann, wenn irgend eine Ausübung über jene Zahl hinaus fehler-

82. ueluti possessoria, sondern setze vielmehr den Beweis des Rechts voraus, diene also zum Schutz des Rechts selbst.

§ 83.

Nach meiner Ansicht ist nun das interdictum de liberis ducendis für den Fall besonders ausgebildet, wo keine Vindication der patria potestas zulässig war, also da, wo die väterliche Gewalt nicht auf Grund einer civilen Erwerbsart derselben, sondern auf Grund der naturalen Erwerbsart (Erzeugung und Geburt) in Anspruch genommen wurde (s. u. Beilage V.), anwendbar. Dies zeigt sich schon in der Fassung des interdictum:

SI LVCIVS TITIVS IN POTESTATE LVCII TITII EST,

indem wohl absichtlich die Fassung:

SI LVCIVS TITIVS EX IVRE QVIRITIVM IN POTESTATE LVCII TITII EST,

vermieden ist. Dieses interdictum kann nun sowohl stattfinden, wenn ein Anderer die patria potestas über den Sohn beansprucht,

---

haft war, da ja für alle Ausübungen, nicht bloß für die als Minimum bestimmte Zahl die Vorschrift des nec ui, nec clam, nec precario gilt. Sobald also nur in einem Jahr der für die Servitutenersitzung vorgeschriebenen Zeit eine Ausübung ui, clam oder precario geschah, ist dadurch die Quasipossessio und somit auch die Ersitzung unterbrochen. Wenn aber Elvers noch weiter sagt, ich müsse analog „dann auch für die classische Zeit annehmen, daß bewegliche Sachen ersessen seien, wenn sie nur in der längsten Zeit eines Jahrs besessen wären, da dann ja das interdictum utrubi die zur Ersitzung nötige Zeit hindurch begründet wäre," so scheint seinem Gedächtniß entschwunden zu sein, daß das interdictum utrubi ein interdictum retinendae possessionis ist. Wenn A den Besitz am 1. Jan. erhalten hat, die Sache wurde ihm aber am 2. Juli entzogen, doch so, daß er am 31. Dec. das interdictum utrubi wirksam anstellen kann, so hat er allerdings nur per maiorem partem anni praeteriti die Sache körperlich inne gehabt, aber besessen hat er sie das ganze Jahr, denn er ist noch am 31. Dec. fingirter gegenwärtiger Besitzer. Wollte dagegen A, wenn sein Besitz am 1. Jan. angefangen hat, sich am 2. Juli darauf berufen, daß er nunmehr per maiorem partem anni praeteriti besessen, daß ihm deßhalb das interdictum utrubi zustehe und daß er somit ersessen habe, so würde man ihm entgegnen, daß sich die Fiction des gegenwärtigen Besitzes nicht rückwärts auf die Zeit erstrecke, wo er noch gar keinen Besitz hatte.

als auch, wenn der Sohn selbst die Freiheit von der väterlichen Gewalt behauptet. Dem scheinen zwar die Worte zu widersprechen:

Hoc autem interdictum competit non aduersus ipsum filium[1]), allein das Bedenken, welches hieraus entstehen könnte, wird dadurch gehoben, daß die Bemerkung Ulpians rein formell-prozessualischer Natur ist. Er sagt nämlich, bei dem Interdict kann der in Anspruch genommene Sohn nicht in eigener Person seine Freiheit vertheidigen, sondern er bedarf eines Defensor. Nur wenn sich kein solcher für ihn findet, muß durch eine extraordinaria cognitio geholfen werden. Daß aber im Allgemeinen das interdictum auch dann statthatte, wenn nicht ein Dritter die patria potestas über den Sohn beanspruchte, sondern wenn die Freiheit des Letzteren von aller väterlichen Gewalt geltend gemacht wurde, das geht hervor aus der Fassung des Interdicts, sowie aus den folgenden Paragraphen der Stelle. Hier wird nämlich über eine Ansicht des Julian referirt, dieselbe gebilligt und weiter ausgeführt. Der angezogene Jurist hatte aufgestellt: Wenn der als Sohn in Anspruch Genommene minor ist, soll in manchen Fällen der durch das interdictum veranlaßte Prozeß oder die anhängig gemachte extraordinaria cognitio bis zur Zeit der Mündigkeit des Sohnes verschoben, in anderen Fällen ohne Verzögerung durchgeführt werden. Das sei nach der persönlichen Qualität Derjenigen, zwischen denen der Streit entstanden, und auch nach der „qualitas causae" zu beurteilen. Es wird nun in dieser Beziehung folgendermaßen unterschieden:

I. Der Prozeß ist nicht zu verschieben, sondern gleich durchzuführen:

1. Wenn Derjenige, welcher seine Vaterschaft über das Kind vertheidigt, ein anerkannt rechtschaffener und braver Mann ist (A), Derjenige, welcher den Prozeß angeregt hat, aber eine persona suspecta (B). A soll bis „in diem litis" das Kind bei sich behalten. Dies litis kann Zweierlei bedeuten: entweder bezeichnet lis

---

[1]) Deshalb nimmt auch Schmidt a. a. O. S. 84 Not. 8 an, das Interdict gehe nicht gegen den Unterworfenen selber.

83. das Streitobject und dies litis den Endtermin, bis zu welchem in Folge eines condemnatorischen Urteils von dem Beklagten geleistet werden muß, oder aber lis heißt bloß so viel als Prozeß, und dann wäre unter dies litis der Anfang des eigentlichen Prozeßes (die litis contestatio) zu verstehen. Ich ziehe die letztere Erklärung vor, da in § 6 der Stelle besondere Bestimmungen über die Bewahrung des Kinds rc. während des Prozesses getroffen sind, Bestimmungen, welche mit der Annahme, der Vater habe in gewissen Fällen den Sohn oder die Tochter bis nach beendetem Prozeß behalten, nicht in Einklang zu bringen wären. Uebrigens hat Ulpian jedenfalls folgende Sachlage und folgenden Prozeßgang vor Augen. A ist der bisherige Inhaber der patria potestas und er ist auch Derjenige, welcher im gegenwärtigen Prozeß seine Vaterschaft behauptet („is qui se patrem dicit"). Ihm wird gegenübergestellt B, nicht als ein Solcher, welcher ebenfalls se patrem dicit, sondern als Derjenige, „qui controuersiam facit." Kläger ist also B, Beklagter A. B klagt nicht deshalb, weil er die väterliche Gewalt über das Kind für sich in Anspruch nimmt, sondern er stellt, um den A zu chikaniren, auf, das Kind sei gewaltfrei. Das interdictum de liberis ducendis ist aber nur Demjenigen gegeben, welcher behauptet, er sei Vater; keineswegs kann also die Anstellung des interdictum von Seiten des B gemeint sein. Ebensowenig ist an eine Vindication der Freiheit zu denken, denn es wird hier überall der Fall vorausgesetzt, daß die patria potestas auf naturalem Erwerbsgrund ruhe. Daher bleibt nichts übrig, als anzunehmen, B habe durch sein Vorbringen, das Kind sei gewaltfrei, eine extraordinaria cognitio des Prätor veranlaßt, und rücksichtlich dieser werde nun unter den vorliegenden Umständen gesagt: „repraesentanda cognitio est."

2. Wenn Derjenige, welcher die Freiheit des Kindes von der väterlichen Gewalt behauptet, ein rechtschaffener Mann ist (A), der noch dazu die Rechte des Kinds wahrzunehmen hat, wie z. B. ein tutor testamentarius oder tutor Atilianus, Derjenige aber, „qui patrem se dicit", ein homo suspectus und das Kind bis zum Anfang des Prozesses bei A sich befand. Die Prozeßlage ist folgende. B nimmt die väterliche Gewalt über das als gewaltfrei

bei seinem Tutor A befindliche Kind in Anspruch und wirkt das 83. interdictum de liberis exhibendis *resp.* ducendis aus. Die Fassung des Interdicts enthält nichts, was die Anwendung desselben im vorliegenden Fall ausschließen könnte. Ulpian aber will offenbar dem Fall gegenüber, wo eine prätorische Cognition nicht zu verschieben war, auch einen Fall erwähnen, wo der durch das interdictum de liberis ducendis veranlaßte Prozeß sogleich vorgenommen werden mußte. So finde ich — trotz der Bedenken, welche § 3 unserer Stelle erregen könnte — gerade in der Darstellung des Ulpian einen Beweis für meine Ansicht, wonach das interdictum auch, wenn die Freiheit des Kinds von der väterlichen Gewalt durch einen Vertheidiger desselben geltend gemacht wurde, von dem angeblichen Vater gebraucht werden konnte. Beachtenswert ist es namentlich, daß es in dem Fall sub 1 hieß „repraesentanda cognitio erit“, während hier gesetzt wird „differri litem non oportebit“.

II. Der Prozeß ist zu verschieben, wenn gegen beide Litiganten ein Bedenken obwaltet. Hier sind folgende Fälle möglich:

1. Derjenige sowohl, welcher die patria potestas behauptet, bezüglich vertheidigt, als Derjenige, welcher die Freiheit des Kindes vertheidigt, bezüglich behauptet, ist eine persona suspecta. Es ist da möglich, daß das Kind wirklich gewaltfrei ist, aber die Litiganten haben sich geeinigt, den Prozeß jetzt anzufangen, um im gegenseitigen Einverständniß ein für den angeblichen Vater günstiges Urteil zu erzielen, einerlei ob der, „qui patrem se dicit“ (z. B. gegen den Vormund) das interdictum de liberis ducendis ausgewirkt, oder ob Jemand von freien Stücken die Freiheit des Kindes geltend gemacht und die Sache zur prätorischen Cognition gebracht hat.

2. Der die väterliche Gewalt in Anspruch Nehmende, bezüglich Vertheidigende, oder der die Freiheit des Kindes Vertheidigende, bezüglich Behauptende, ist infirmus d. h. untauglich für eine verständige und kräftige Prozeßführung, der Gegner aber suspectus. Auch hier kann je nach den verschiedenen Fällen an beide Prozeßarten gedacht werden.

Ueberall in den sub II ausgeführten Fällen erwächst, da

83. die Parteien nicht redlich und bezüglich unfähig sind, in dem Interdictenprozeß sowohl, wie bei der prätorischen Cognition „für den Knaben die Gefahr, daß die Frage „an sit in potestate" (und ich füge hinzu „cuius sit in potestate") widerrechtlich und zu seinen Ungunsten und zwar mit der Macht der res iudicata entschieden werde."[1]) Deshalb ist der Prozeß zu verschieben, bis der Knabe selbst sein Recht wahrnehmen kann, und es muß besondere Anordnung darüber getroffen werden, von wem er unterdessen erzogen werden soll.[2]) Gewiß ist dieß so zu verstehen, daß, namentlich wenn beide Litiganten personae turpes oder suspectae waren, der Prätor das Recht hatte, die Erziehung des Kinds in der Zwischenzeit einer dritten Person zu übergeben. Während der Dauer des Interdictenprozesses selbst (und wohl auch während der Zeit, welche die prätorische Cognition erforderte, obwohl dieß nicht ausdrücklich gesagt wird), muß das in Anspruch genommene Kind, ist es weiblichen Geschlechts immer, ist es männlichen nur wenn es noch in der Impubertät sich befindet oder so eben aus der Impubertät heraustrat, bei einer materfamilias „deponirt" werden. Dieß bezieht sich sowohl auf die Fälle, wo das Kind impubes und der Prozeß nicht zu verschieben, als auf den Fall, wo der Prozeß bis zur Pubertät des Kindes hinausgerückt, oder erst nach erlangter Pubertät anhängig gemacht wird, indem dann auch noch die „femina" und „qui proxime praetextati aetatem accedet" „deponirt" werden sollen.

---

[1]) Schmidt a. a. O. S. 87.

[2]) Uebrigens kommt Schmidt a. a. O. mit sich selbst in einen bedenklichen Widerspruch. Er nimmt an, daß das interdictum „nicht gegen den Unterworfenen selber" gehe (S. 84 Not. 8). Und doch behauptet er jetzt, „es erwachse auch in dem Interdictenprozeß für den Knaben die Gefahr, daß die Frage „an sit in potestate" widerrechtlich zu seinen Ungunsten — entschieden werde." Das läßt sich aber prozessualisch nicht anders denken, als daß der die väterliche Gewalt Behauptende das interdictum de liberis ducendis einem bisher nicht in der väterlichen Gewalt Befindlichen, sondern als homo sui iuris Lebenden gegenüber anstellt, so daß also doch das interdictum dem Unterworfenen selbst gegenüber gebraucht werden könnte. Der Gefahr, in diesen Widerspruch zu verfallen, entgeht man durch die Annahme, daß das interdictum gegen den Sohn selbst möglich war, wenn dieser einen Defensor hatte.

§ 84.

So entsteht ein Verhältniß, welches nahe an die Sequestra- 84. tion hinangeht. Das Kind wird von beiden Litiganten einer materfamilias certa conditione custodiendum reddendumque übergeben. Von eigentlicher Sequestration ist jedoch ebensowenig die Rede, als von einem wahren Eigenthum oder wahren Besitz des Vaters bezüglich seines Gegners am Kinde gesprochen werden kann. Doch gerade so wie die patria potestas nach Analogie des Eigenthums („quasi proprietatis causam continens") behandelt wird, läßt man eine Sequestration d. i. Deposition des Kinds zu, nach Analogie der Sequestration eigentlicher Sachen. Durch diese Sequestration des Kinds soll offenbar einestheils derselbe Zweck erreicht werden, wie durch die prozessualische Sequestration streitiger Sachen: der Vater soll Sicherheit erhalten für die Erwartung, daß der günstige Ausgang des Prozesses ihm die volle Anerkennung und Ausübung seiner väterlichen Gewalt wiederverschaffen werde; anderntheils und hauptsächlich aber kommt auch das Interesse des Kinds selbst in Rücksicht. Das zeigt sich darin, daß sie nur bei denjenigen Personen vorgenommen wird, welche wegen ihrer natürlichen Schwäche und Unerfahrenheit eines äußeren Schutzes bedürfen, während selbständig gewordene und hinlänglich kräftige Jünglinge und Männer derselben nicht unterliegen. Was nun zuerst die Sicherstellung des Vaters anbetrifft, so ist diese rein factischer Natur und kann nicht als Caution im eigentlichen Sinn angesehen werden. Bei dem interdictum de liberis exhibendis (wie auch bei der prätorischen Cognition) wurde eine cautio iudicatum solui gewiß nicht geleistet: es erfolgte keine Condemnation in eine Geldsumme, folglich war es unmöglich, iudicatum solui zu promittiren. Es kann daher unsere Deposition nicht aufgefaßt werden als Bestellung realer Sicherheit für die Cautionsstipulation, abgesehen davon, daß das Kind keine res ist und somit kein eigentliches dingliches Recht an demselben bestehen kann. Es ist in unserem Fall nicht an die Bestellung eines Pfands an dem Kind und somit auch nicht an die Errichtung einer wirklichen Caution zu denken. Was die Rechtsverhältnisse der Litiganten zu dem Kind und

84. die Rechte derselben an dem Kind betrifft, so werden dieselben durch die Sequestration nicht im Geringsten verändert, das ganze Verhältniß ist mehr factischer Natur, als rechtlicher, obwohl es nach Analogie eines rechtlichen Verhältnisses gebildet ist und denselben Zweck verfolgt, wie Letzteres. Der Grund, aus dem es geschaffen ist, bleibt lediglich die Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit und dieser hilft auch über die Bedenken hinweg, welche daraus entstehen könnten, daß ja doch das Verhältniß, welches man sich zum Vorbild genommen hatte, überall auf andere Rechtsgrundsätze sich zurückführen ließ, während solche auf das nachgebildete Institut unanwendbar sind. So wird auch die ganze patria potestas nach Analogie des Eigenthums behandelt und doch sind die Römer selbst darüber nicht im Zweifel, daß jene Analogie nur bis zu einem gewissen Punkt durchführbar ist und daß es zu den widersinnigsten Resultaten führen würde, wenn man überall die Lehre vom Eigenthum mit allen ihren Consequenzen auf die väterliche Gewalt übertragen wollte. Das eigene Interesse des Kinds bei der Sequestration anlangend, so ist es einleuchtend, daß die Lage des Sohns oder der Tochter bei Demjenigen, der da sieht, er werde den Prozeß verlieren und dasselbe bald einem Anderen überlassen müssen, eine sehr schlimme werden kann. Nicht nur schlechter Behandlung ist es ausgesetzt, sondern auch geschlechtlichem Mißbrauch — daß daran Ulpian denkt, ist bei der damaligen Entsittlichung der Römer sehr wahrscheinlich — und anderen Gefahren: deshalb bleibt es das Beste, das Kind in die Hut einer anständigen Frau zu geben, damit es vor jeder derartigen Unbill bewahrt bleibe. Freilich zielt das gewissermaßen auch wieder auf die Sicherstellung des Vaters mit ab; denn diesem liegt daran, als Sieger das Kind in möglichst unverdorbenem und körperlich unversehrtem Zustand zu erhalten. Ueberall aber wird angenommen, daß ein selbständig und kräftig gewordener junger Mann nicht denselben Gefahren ausgesetzt sei, wie ein Kind und ein Weib. Deshalb sollen auch nur die Letzteren sequestrirt werden, wobei noch zu bemerken ist, daß die Gefahr, welche dem Vater rücksichtlich der Vereitelung der Ausführung der richterlichen Sentenz durch den Beklagten droht, nur die sein kann, daß der

Letztere das Kind böslicher Weise entfernt und verborgen hält, 84.
und daß dieß Entfernen und Verbergen viel leichter mit einem schwachen Weib und noch unmündigen oder eben erst mündig gewordenen Knaben sich bewerkstelligen läßt, als mit einem jungen erwachsenen Mann, welcher Kraft und Verstand genug besitzt, um sich dagegen zu schützen, fremden Ränken und fremder Schlechtigkeit als bloßes Spielwerk zu dienen.

Wo bei Streitigkeiten über die patria potestas die rei uindicatio zulässig war, fand wohl die Sequestration des Kinds nicht ebenso statt, wie bei dem interdictum und der prätorischen Cognition. War ja dort die Bestellung einer cautio iudicatum solui möglich und ist doch kein Grund vorhanden, anzunehmen, man sei ohne dringende Notwendigkeit von der allgemeinen, bestehenden Cautionsordnung abgewichen.

Wir schließen dieses Kapitel mit der Bemerkung, daß die Zahl sowohl der freiwilligen als richterlichen Sequestrationen, welche custodiae causa geschahen, mit den in dem Vorigen behandelten Beispielen nicht erschöpft ist. Eine derartige freiwillige Sequestration konnte jederzeit von mehreren in irgend welcher Beziehung zu einander und zu einer Sache stehenden Personen beliebt werden, sobald nur Einer davon im Stande war, über jene Sache zu verfügen. Der Prätor aber war befugt, die Sequestration anzuordnen, sobald sie im wohlverstandenen Interesse beider Theile war, oder ein anderer Ausweg, beide Litiganten zufriedenzustellen, sich nicht zeigte. Dieß blieb auch so im späteren Röm. Recht, so daß wir darauf nicht zurückkommen werden. Da nun auch der Sequester als Schiedsrichter nicht wieder erwähnt zu werden braucht, ist unten im zweiten Buch lediglich die spätere Geschichte der Sequestration als prozessualischen Cautionsmittels zu erzählen.

Drittes Kapitel.

Der Besitz des Sequester.

§ 85.

85. Es wurde schon erwähnt, daß in gewissen Fällen der juristische Besitz an der deponirten Sache auf den Sequester übergehe, in anderen nicht.[1]) Davon handeln zwei Stellen: Fr. 17 § 1 depositi (16. 3) und Fr. 39 de acquirenda, uel amittenda possessione (41. 2). Betrachten wir zunächst das erste dieser Fragmente:

Florentinus (libro VII° Institutionum)
Rei depositae proprietas apud deponentem manet[2]), sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus[3]) procedat.

Daß auf den Depositar regelmäßig weder das Eigenthum an der deponirten Sache, noch der Besitz derselben übergeht, ist unzweifelhaft. Von jeher aber haben die Worte: „nisi apud

---

[1]) S. oben § 30 S. 62 f.

[2]) So die *Vulg.* — *Taur.* deponente Manet. *Florent.* deponente Manent. Vgl. Brenkman Not. 45 ad h. l. in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur.

[3]) *Haloand.* neutrius interim possessionis tempus. *Ms. Bamb. D I 6* neutrius possessionis id tempus.

sequestrem deposita est“ *etc.* Schwierigkeit gemacht. Hören wir 85. darüber Bruns[1]), welcher sich folgendermaßen ausläßt:

„Die natürliche Construction wäre hier, bei deposita est zu suppliren res und somit dem Sequester stets den Besitz zuzusprechen. So übersetzen auch die Basiliken.[2]) Allein dann haben die folgenden Worte gar keinen Sinn. Denn wie kann man sagen: „„Der Deponent behält den Besitz der Sache, außer wenn sie bei einem Sequester deponirt wird; denn nur dann besitzt der Sequester““? Man müßte das demum entweder ganz streichen, oder es zu sequester ziehen. Das Erstere ist zwar in den Basiliken geschehen, ist aber sonst ungerechtfertigt, und das Zweite wäre gegen den Sprachgebrauch von demum. Somit ist man eigentlich genötigt, die schlechtere Construction anzunehmen, bei deposita zu suppliren possessio und dem Sequester den Besitz nur dann zuzusprechen, wenn nicht einfach die Sache, sondern der Besitz als solcher bei ihm deponirt ist.“

Diese Ansicht ist nicht neu. Schon Duarenus[3]) hat sie ausgesprochen und viele Andere[4]) sind ihm gefolgt, namentlich auch v. Savigny[5]) und v. Vangerow.[6]) Doch ist jene Meinung keineswegs die herrschende. Von den Neueren hat sich besonders Böcking[7]) dagegen erklärt und auch ich sehe mich genötigt, wider sie anzukämpfen. Bruns selbst[8]) bemerkt rücksichtlich der Annahme eines depositum possessionis:

---

[1]) Das Recht des Besitzes. Tübingen 1848 SS. 7 ff.

[2]) XIII. 2, 17 (Heimb. T. II p. 49): *Ἡ δεσποτεία καὶ ἡ νομὴ τοῦ παραθεμένου μένει, πλὴν τοῦ μεσεγγυωμένου· ἐκεῖ γὰρ ὁ μεσεγγυητὴς νέμεται. δοκοῦσι δὲ παρατίθεσθαι, ἐφ᾽ ᾧ μηδενὶ τῶν μερῶν εἰς νομὴν λογισθῆναι τὸν χρόνον.*

[3]) De sacris eccles. minist. III. 10. Opp. Ed. Francof. 1548 p. 1174ᵇ.

[4]) Siehe die Nachweisungen bei Schulting-Smallenburg Not. ad Dig. h. l.

[5]) Das Recht des Besitzes § 25. 6. Aufl. S. 347 Not. 2.

[6]) Leitfaden zu Pandektenvorlesungen Bd. 1 § 200.

[7]) Pandekten-Institutionen 1. Bd. 2. Aufl. § 123 Not. 18 S. 452: „L. 17 § 1 D. depositi (16. 3), in welcher letzteren Stelle nach Duaren noch fortwährend Savigny (und wieder nach diesem Bruns S. 8) unrichtig zu „deposita est“ als Subject possessio bezieht, statt res.“

[8]) A. a. O. S. 16.

85. „Wie man sich diesen auffallenden Begriff — gedacht habe, ist nicht ersichtlich. Das Depositum des Besitzes soll natürlich etwas Anderes sein, als ein Depositum einer besessenen Sache. Allein wie soll man sich ein Deponiren des Besitzes als solchen denken? Der Besitz ist ja nichts als ein bestimmtes Verhältniß zur Sache und man kann doch nur Sachen selbst, nicht Verhältnisse zur Sache deponiren. Das Depositum des Besitzes löst sich somit an sich selbst in ein Depositum der Sache mit der Nebenbestimmung, daß der Depositar besitze, auf. Damit entsteht denn aber wieder die Frage, warum hier der Besitzesübergang durch Verabredung bewirkt werden könne."

Es ist also durch die so künstliche, ja unnatürliche Annahme, daß deposita est durch possessio zu ergänzen sei, nicht das Mindeste gewonnen, und auch Bruns würde jene Erklärung nicht billigen, wenn er nicht glaubte, er sei dazu durch die Worte des Gesetzes gezwungen.

§ 86.

Allein gerade in dieser Beziehung waltet ein entschiedenes Mißverständniß ob. Die eigentliche Bedeutung von demum ist keineswegs „nur". Demum heißt so viel wie tandem, denique[1]; tum demum ist also zu übersetzen: „dann endlich". Darin kann nun wohl ein „dann nur" gefunden werden, allein ich erinnere mich keines Beispiels, wo es die Römer entschieden in diesem Sinn gebraucht hätten. Demum (ohne tum) kommt wohl manchmal in der Bedeutung von „nur" vor; aber auch so ist es meistens nicht bestimmt, die Ausschließlichkeit eines Ausspruchs oder einer Behauptung besonders hervorzuheben, sondern es liegt darin mehr eine gewisse Bestärkung: „Simul autem importat quamdam affirmationem, et ueluti pluribus rebus consideratis, certam ratamque conclusionem rei quae affirmatur."[2] Diese bekräftigende Nebenbedeutung nun ist es, welche bei dem Wort „demum" oft sehr stark hervortritt und dasselbe ganz geeignet macht, gebraucht

[1] Forcellini s. u. demum. Brissonius de V. S. h. u.

[2] Forcellini h. u. und die dort angeführten Beispiele.

zu werden, wenn das in einem Satz Gesagte irgendwie näher erläutert oder bestimmt werden soll. Es heißt dann so viel als dumtaxat (in der Bedeutung von utique, certe quidem) oder scilicet[1]) und kann mit unserem deutschen „freilich" wiedergegeben werden. Besonders wenn demum „particulis temporis u. g. nunc, tum" beigefügt ist, dient es lediglich dazu, „ut uim addat."[2]) Ich übersetze daher unsere Stelle: „Das Eigenthum an der deponirten Sache bleibt bei dem Deponenten, aber auch der Besitz, außer wenn sie bei einem Sequester deponirt ist, denn dann freilich besitzt der Sequester", oder noch einfacher: „denn dann besitzt der Sequester." Es wird so durch den Satz „nam tum demum" ꝛc. das Vorhergehende nur weiter entwickelt und näher ausgeführt. Es war gesagt, daß von dem regelmäßigen Zurückbleiben des Besitzes bei dem Deponenten eine Ausnahme stattfinde, wenn die Sache bei einem Sequester deponirt werde: nun muß doch noch weiter angegeben werden, wer in diesem Fall eigentlich Besitzer werde, und das geschieht, indem einfach beigefügt wird: „denn dann besitzt der Sequester."

86.

---

1) Vgl. DIRKSEN Manuale s. u. demum. S. namentlich CICERO Tusc. V. 37 in der folgenden Note.

2) HORAT. TURSELLINI De particulis Latinae orationis libellus. Ed. in German. V^a. Lips. 1769. p. 181. Vgl. CICERO Ad Attic. VIIII epistul. X: „Sed uideamus, et Cnaeus quid agat, et illius rationes quorsum fluant. Quodsi iste Italiam relinquet: faciet omnino male, et, ut ego existimo, ἀλογίστως: sed tum demum consilia nostra commutanda erunt." Wollte man da übersetzen: „nur dann sind unsere Pläne zu verändern", so würde man wohl den Sinn der Stelle verfehlen. Unmöglich kann demum mit „nur" übersetzt werden bei CICERO Tusc. V. 37: „Exsilium — quantum demum a perpetua peregrinatione differt?" Vgl. noch PLAUTUS Mil. glor. IIII. 8 uu. 54 und 55 (FLECKEISEN):

„PA. Cogitato identidem, tibi quam fidelis fuerim.
Si id facies, tum demum scibis, tibi qui bonus sit, qui malus."

CAESAR De bello Gallico I c. 50: „Tum demum Ariouistus partem suarum copiarum misit." LIVIUS l. II c. 20 a. f.: „Tum demum impulsi Latini, perculsaque inclinauit acies."

§ 87.

87. Sonach spräche **Florentinus** im Allgemeinen und ohne Ausnahme dem Sequester juristischen Besitz zu. Wie aber reimt sich das mit der zweiten der von uns schon angeführten Stellen?

Fr. 39 de acquir., uel amittend. poss. (41. 2):

IULIANUS (libro II° ex Minicio)

Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur[1]) res: nam si omittendae[2]) possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet[3]); at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem uictori procedere constat.

Man hat dieses Fragment nun wohl so verstanden, als ob das „possessio eius" und „eam possessionem" gleichmäßig eigentlichen Besitz und nicht das Eine Besitz, das Andere detentio nomine alieno bezeichne, so daß auch hier in Uebereinstimmung mit der vorigen Stelle dem Sequester stets juristischer Besitz zugeschrieben und ein Unterschied nur insofern gemacht würde, als jener Besitz des Sequester in einigen Fällen dem späteren Sieger zu-, in anderen abgerechnet werden solle. Aber schon **Bruns**[4]) hat richtig bemerkt, diese Annahme sei deshalb nicht möglich, „weil doch natürlich, wenn der Sequester stets den Besitz bekommen sollte, die Sequestranten notwendig ebenso stets den animus omittendae possessionis haben müßten." So würden wir denn bei der Meinung stehen bleiben, daß unsere Stelle sage: „Wenn eine Sache omittendae possessionis causa sequestrirt ist, erhält der Sequester juristischen Besitz, ist sie aber nur custodiae causa deponirt, so bekommt er bloß detentio nomine alieno, wie der einfache Depositar." Keineswegs aber möchte ich daraus mit

---

1) *Haloand.*, *Vulg.* deponatur.

2) *Haloand.* amittendae. *Vulg.* dimittendae.

3) *Haloand.* procedet.

4) A. a. O. S. 8.

v. Savigny[1]), dem auch Bruns[2]) und die meisten Neueren[3]) 87 folgen, den Satz machen: „Wenn das Eigenthum einer Sache vindicirt, die Sache selbst aber bei einem Dritten (sequester) deponirt wird, so können die Parteien ausdrücklich bestimmen, daß dieser Dritte den Besitz haben solle, damit durch diesen Besitz alle bisherige Usucapion unterbrochen werde.“ Näher kommt der Wahrheit Böcking[4]), welcher sagt: „Der juristische Besitz der Sache geht ... auf den Sequester nur über 1. zufolge ausdrücklicher (L. 39 cit.) oder 2. stillschweigender Uebereinkunft, wenn der Uebergang in der Natur des Geschäfts liegt, wie wenn Mehrere über den Besitz streiten und die Sache bis zu erfolgter Entscheidung sequestriren (L. 17 cit.).“

§ 88.

Ueberall aber hat man zu viel Nachdruck auf die Worte „et hoc aperte fuerit approbatum“ gelegt und dieselben falsch aufgefaßt, wenn man sie auf einen Willensact und eine Willenserklärung der Sequestranten bezog. Von einem bloßen Willensentschluß der Parteien kann „fuerit approbatum“ nicht verstanden werden[5]); dem steht die Bedeutung von approbare und das aperte entgegen. Man müßte also mit v. Savigny annehmen, das „aperte approbatum fuerit“ sei auf eine ausdrückliche Erklärung des Willens der Deponenten zu beziehen. Ich sehe aber nicht ein, warum gerade hier eine stillschweigende (wenn nur deutliche) Erklärung des Willens ausgeschlossen sein sollte (z. B. wenn die Sequestranten es wissentlich geschehen lassen, daß der

---

[1]) A. a. O. S. 346.

[2]) A. a. O. S. 7 und 16.

[3]) Mühlenbruch, Pandekten § 233. Puchta, Pandekten § 125 vgl. mit den Pandektenvorlesungen ad h. §. v. Vangerow, Leitfaden § 200. Arndts, Pandekten § 135 vgl. mit § 387.

[4]) Pandekten-Institutionen Bd. 1 § 123 Not. 18 S. 452.

[5]) Bei Cicero Ad Quint. fratr. l. III ep. 4 kommt zwar vor: „Ego meum consilium (praesertim si tu non improbas) uehementer approbo.“ Allein das geht offenbar nicht auf das Fassen eines Entschlusses, sondern auf die spätere Billigung des schon gefaßten.

88. Sequester die possessorischen Interdicte im eigenen Namen anstellt). Auch würde dann Julianus gewissermaßen mit sich selbst in Widerspruch geraten, da er erst lediglich die Absicht der Parteien für das Entscheidende erklärt hat („interesse puto, qua mente“ *etc.*), während er jetzt die Willenserklärung zum Hauptmoment machte. Wäre es wahr, daß er verlangte, die Absicht „omittendae possessionis causa“ solle immer ausdrücklich erklärt sein, so müßte folgerichtig behauptet werden, daß, wenn die Absicht, omittendae possessionis causa zu deponiren, vorhanden, aber nicht ausgesprochen war, sogar gegen den Willen der Sequestranten angenommen werden müsse, es sei bloß custodiae causa deponirt, so daß auf die mens der Deponenten gar nichts ankäme. Daher kann „si — hoc — fuerit approbatum“ nur heißen, entweder: „wenn dieß bewiesen sein wird“[1]), oder: „wenn das gebilligt sein wird.“ Beides gäbe in unserer Stelle einen Sinn.

Nehmen wir approbare in der ersten Bedeutung, so würde der Jurist sagen: „Wenn die Sequestration omittendae possessionis causa geschehen ist und das klar bewiesen sein wird, so soll der Besitz des Sequester den Parteien rücksichtlich der Usucapion nicht angerechnet werden.“ Das hieße also: es muß in jedem Fall von der Partei, die sich darauf beruft, nachgewiesen werden, daß die Sequestration omittendae possessionis causa geschehen sei. Wenden wir dieß auf das Beispiel eines Scholiasten zu den Basiliken an.[2]) A besaß die Sache X bona fide und es fehlte zur Vollendung der Usucapion nur eine geringe Zeit von etwa zwei Monaten; A geriet dann mit B in einen Eigenthumsstreit über die Sache, diese wurde bei C sequestrirt und blieb bei dem Sequester drei Monate. A siegte aber und erhielt sie deshalb zurück. Nun kommt der wahre Eigenthümer A^{s}A^s und stellt gegen A die rei uindicatio an, gegen welche Letzterer sich auf die Vollendung

---

[1]) In dieser Bedeutung kommt approbare sehr häufig vor, so bei Gaius I. 18. 29. 32. 38. Ulpianus Fr. 14 § 5 qui et a quibus man. (40. 9); Paullus Fr. 25 pr. de probationib. (22. 3); Fr. 63 § 4 ad SC. Trebell. (36. 1) und anderwärts. Vgl. Dirksen Manuale u. adprobare.

[2]) Basilik. XIII. 2, 17 Sch. 4 (Heimb. T. II p. 49).

der Usucapion beruft. Nach altem Prozeß würde A^sA^s die For- 88.
mel erhalten:

SI PARET EAM REM Q. D. A. EX IVRE QVIRITIVM A^iA^i ESSE,

und es bliebe dem A überlassen, bei dem Verfahren in iudicio seine Usucapion und somit nachzuweisen, daß A^sA^s nicht mehr Eigenthümer sei. Dazu genügt, wenn er beweist, daß er zu einer Zeit, seit welcher das für die Usucapion geordnete tempus abgelaufen ist, die Sache iusto titulo zu besitzen angefangen habe; die Fortdauer dieses Besitzes braucht er nicht zu beweisen, da im Allgemeinen für die Fortdauer eines einmal begonnenen rechtlichen Zustands eine praesumtio iuris streitet und es offenbar zu viel gefordert wäre, wenn man verlangte, der Usucapient solle nachweisen, daß der Zustand des Besitzes, welcher einmal begonnen, auch nicht wieder aufgehört habe.[1]) Behauptet der Gegner Unterbrechung der Ersitzung, so liegt nach dem Satz: „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat"[2]) ihm der Beweis ob. Sagt also A^sA^s, die Usucapion des A sei durch die Deposition der Sache bei dem Sequester unterbrochen worden, so muß er das beweisen und zwar dadurch, daß er zeigt, die Sequestration sei omittendae possessionis causa geschehen. Daraus würde folgen, wie nicht zu präsumiren, daß eine Sequestration omittendae possessionis causa vorgenommen sei.

Aber ich kann dem ganzen bisherigen Raisonnement keine beweisende Kraft zugestehen. Allerdings liegt es dem A^sA^s ob, die Unterbrechung der Ersitzung des A nachzuweisen; allein diesen Beweis kann er möglicherweise gerade nur dadurch führen, daß er zeigt, es sei eine Sequestration vorgekommen, ohne daß er darthun müßte, jene Sequestration sei omittendae possessionis causa geschehen; wenn nämlich überhaupt angenommen wird,

---

[1]) Puchta, Pandekten § 161, fordert „den Beweis des Besitzes an zwei Zeitpunkten, deren Zwischenzeit nicht weniger als die Usucapionszeit beträgt", offenbar in Widerspruch mit sich selbst, da er vollkommen anerkennt, es streite die Präsumtion für die Fortdauer eines Zustands, dessen Entstehung erwiesen ist. Vgl. Puchta a. a. O. § 97. Stimmte ich aber selbst Puchta bei, so würde das meinen obigen Erörterungen keinen Eintrag thun.

[2]) PAULLUS Fr. 2 de probationib. (22. 3).

88. daß die Sequestration regelmäßig omittendae possessionis causa vorkomme. Und zu untersuchen, ob dieß der Fall, oder nicht, ist gerade unsere Aufgabe. Wir würden uns also einer petitio principii schuldig machen, wenn wir die obige Ausführung gelten ließen.

Nehmen wir jedoch an, es sei das Resultat derselben richtig, so wäre doch die Ausdrucksweise des Julian höchst eigenthümlich und es würde namentlich das „aperte approbatum fuerit“ auffallend sein, indem eher zu erwarten stünde: „si — hoc apertis probationibus approbatum fuerit.“ Ueberhaupt aber wäre, da es sich um einen förmlichen prozessualischen Beweis handelte, besser ein anderer Ausdruck gewählt worden, vielleicht bloß probatum fuerit, comprobatum fuerit oder etwas Aehnliches. Auch ist es kaum denkbar, daß der Jurist, wenn er sagen will: „sobald das Erste vorhanden ist, tritt das Zweite ein", noch besonders hinzufügen sollte: „und das Zweite klar bewiesen sein wird." Ein derartiger Satz würde einen durchaus schiefen Gedanken geben, denn das Zweite könnte dem Wortlaut nach erst nach dem Beweis eintreten und wäre von dem Beweis eben so abhängig gemacht und bedingt, wie von dem, was bewiesen werden soll. Es versteht sich aber bei Juristen von selbst, daß, wenn von der Wirkung von Thatsachen gesprochen wird, dabei stillschweigend angenommen ist, daß jene Thatsachen schon bewiesen, oder doch beweisbar seien. Deshalb ist es mir unwahrscheinlich, daß Julian etwas, das sich schon von selbst versteht, hier noch mit besonderem Nachdruck sollte hervorgehoben haben.

Ich halte es daher für allein richtig, „approbatum fuerit“ in der zweiten der oben angegebenen Bedeutungen zu nehmen, besonders da dann die ganze Stelle einen Sinn erhält, bei welchem die übrigen Bedenken schweigen und in welchem sie sich namentlich mit Fr. 17 § 1 cit. ganz gut vereinigen läßt, was außerdem nur dadurch geschehen kann, daß man dem eben citirten Fragment Gewalt anthut.

Approbare, comprobare *etc.* sind durchaus Synonyma von probare.[1]) Probatum est aber kommt häufig in der Bedeutung

[1]) S. die Wörterbücher.

von receptum est, placuit vor[1]), ebenso comprobatum est[2]), und 88. zweifellos kann auch approbatum est diese Bedeutung haben. Besonders wird probatum est dann gebraucht, wenn es sich um Rechtssätze handelt, welche nicht durch ausdrückliche Gesetze, sondern durch die stillschweigende Billigung und Uebereinstimmung Aller anerkannt sind, und in der Sitte oder durch das Gewohnheitsrecht zur Erscheinung kommen.[3]) Die Vorstellung, welche dabei unterläuft, ist eben die, daß ein stillschweigender consensus omnium, um anerkannt zu werden, der äußerlichen Manifestation durch Handlungen, einer probatio, comprobatio, approbatio im eigentlichen Sinn, bedürfe und daß nur das, was so als gebilligt erscheine, für ein Gewohnheitsrecht gehalten werden könne.

Ich meine nun, daß in unserem Fragment „approbatum fuerit“ in dieser Bedeutung gebraucht sei und daß aperte dann in dem Sinn genommen werden müsse, welchen es hat, wenn gesagt wird „aperte cauetur lege“[4]), so daß es also so viel heißt als manifeste, clare, plane. Auch liegt in dem aperte der Begriff des Oeffentlichen und Allgemeinen, so daß „si hoc aperte approbatum fuerit“ recht gut wiedergegeben werden kann mit: „Wenn das durch allgemeines Gewohnheitsrecht zweifellos anerkannt sein wird.“ Somit erhält unsere Stelle den Sinn: Es kommt bei der Sequestration darauf an, in welcher Absicht die Sequestranten die Sache deponirt haben. Die Sequestration kann aber geschehen omittendae possessionis causa oder custodiae causa. Um zu erkennen, ob in dem einen oder dem anderen Sinn sequestrirt worden sei, muß man auf die im Verkehr herrschenden Begriffe zurückgehen, und wenn es ein Fall ist, in welchem nach der allgemeinen Sitte angenommen wird, die Sequestration sei omittendae possessionis causa geschehen, hat der Sequester juristischen Besitz und es wird dadurch die Usucapion der Deponenten unterbrochen. Ist der Fall aber so gestaltet, daß nach den im Verkehr herrschenden Begriffen

[1]) So z. B. Modestinus Fr. 53 de O. et A. (44. 7). Paullus Fr. 36 de legib. (1. 3). Vgl. auch Iulianus Fr. 32 § 1 eod.

[2]) So z. B. Hermogenianus Fr. 35 eod. Vgl. auch Cicero De inuent. II. 22.

[3]) S. die in den beiden vorhergehenden Noten allegirten Stellen.

[4]) Iulianus Fr. 5 ad L. Iul. de adulter. (48. 5).

88. angenommen werden muß, die Sequestration sei custodiae causa geschehen, so wird die Usucapion der Deponenten nicht unterbrochen, es geht also hier auf den Sequester juristischer Besitz nicht über.

§ 89.

In welchen Fällen aber wurde angenommen, es sei omittendae possessionis causa, in welchen, es sei custodiae causa deponirt? Custodia heißt die Hut, die Aufbewahrung, und es ist eine bekannte Sache, daß jeder Depositar, somit auch jeder Sequester custodia zu prästiren hat. Es wird also „si custodiae causa deponatur“ nichts Anderes heißen, als: „Wenn der Zweck der Deponenten vorzugsweise darauf gerichtet ist, daß die fragliche Sache sicher aufbewahrt und so erhalten werde.“ Da bei der eigentlichen Sequestration das juristische Schicksal der deponirten Sache immer ungewiß, d. h. noch nicht bestimmt ist, welcher der Deponenten sie zurückerhalten wird, so haben Beide ein Interesse an der custodia: gewissermaßen dient dieselbe zur Sicherung der rechtlichen Ansprüche Beider. Diese Sicherung an sich ist rein factischer Natur: es ist keine wirkliche Caution, die bestellt wird, ebensowenig wie es Caution ist, wenn Jemand die Sache, welche möglicherweise nach einiger Zeit an einen Anderen fällt, in Uebereinstimmung mit und auf Verlangen des Letzteren an einem für die Erhaltung zweckmäßigeren Ort, als bisher, aufbewahrt oder einen besonderen Hüter und Aufseher dafür bestellt. Das rechtliche Verhältniß der Berechtigten zur Sache wird dadurch nicht im Mindesten geändert, der bisherige Rechtszustand bleibt vollkommen wie er war, nur eine äußere Anordnung ist getroffen, welche auf Erhaltung der Sache für den dereinst Berechtigten abzielt. Da nun jede Sequestration mit einer Deposition verbunden ist, geschieht dieselbe immer custodiae causa. Aber es braucht die custodia nicht die Hauptsache zu sein, sondern nur das Mittel, um einen anderen Zweck zu erreichen. Dieß ist der Fall, wenn omittendae possessionis causa sequestrirt wird. Omittere possessionem heißt den Besitz aufgeben.[1]) Wenn also eine Sache bei einem Sequester

[1]) Vgl. z. B. ULPIANUS Fr. 4 § 1 de alien. iud. mut. c. (4. 7). SCAEVOLA Fr. 5 pro donat. (41. 6). PLAUTUS Rudens IIII. 3, 76.

deponirt wird, damit der bisherige Besitzer den Besitz verliere, kann 89. von einer sequestratio omittendae possessionis causa gesprochen werden, außerdem ist bloß eine einfache sequestratio custodiae causa vorhanden. Die Römer sind gewohnt, in ähnlicher Weise custodia und possessio einander gegenüberzusetzen, z. B. bei den missiones in possessionem, wie dieß aus vielen Stellen nachgewiesen werden kann.[1])

Wir haben nun wirklich Fälle kennen gelernt, wo die Sequestration deshalb geschah, um Jemanden den Besitz einer Sache zu entziehen. Am unzweifelhaftesten ist dieß bei der Sequestration, welche als Ersatz für die satisdatio iudicatum solui gebraucht wird (s. oben §§ 59 ff.). Dasselbe ist zu behaupten von allen übrigen Fällen, wo eine Sequestration auf Anordnung des Prätor anstatt und für eine prätorische Caution durch Satisdation eintritt. Die Caution ist die Bedingung, unter welcher der Prätor den gegenwärtigen Besitzstand erhält; wird sie nicht geleistet, so läßt er eine Aenderung desselben eintreten: entweder translatio possessionis auf den Gegner, und wenn auch dieser nicht caviren will, Sequestration mit Uebertragung des Besitzes auf einen Dritten, oder man schreitet, wenn die geforderte Caution nicht bestellt wird, sofort, ohne translatio possessionis auf den Gegner, zur Uebertragung des Besitzes auf den Sequester. Den einzigen Zweifel könnte Fr. 5 de tabulis exhibendis (43. 5) erregen. Allein auch da tritt, wie schon oben gezeigt wurde, die Sequestration nur ein, wenn der auf Exhibition Belangte die ihm auferlegte cautio de exhi-

---

[1]) Vgl. namentlich Paullus Fr. 3 § 23 de A. V. O. P. (41. 2): „Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei seruandae causa, uel quia damni infecti non caueatur, possidemus, ineptissimum est; nam qui creditorem rei seruandae causa, uel quia damni infecti non caueatur, mittit in possessionem, uel uentris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et obseruationem concedit; et ideo, quum damni infecti non cauente uicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis, et per longam possessionem capere Praetor causa cognita permittit.“ S. auch Fr. 5 § 1 ut legatorum (36. 3) und dazu das oben § 69 Gesagte, sowie die dort (S. 178 Not. 2 u. 3) angezogenen Stellen. Synonym mit custodia ist obseruatio und so bedeutet obseruatio bonorum dasselbe wie custodia bonorum. Vgl. C. 3 de postliminio (8. 51).

89. bendo — die Bedingung, unter welcher er im Besitz der fraglichen Urkunden belassen wird — nicht bestellt hat.

Aber ich gehe noch weiter und behaupte: Auch da, wo die streitige Sache dem Sequester als Schiedsrichter übergeben (§§ 31 ff.), und da, wo die Sequestration anstatt des außergerichtlichen uadimonium gebraucht wurde (§§ 43 ff.), geschah dieselbe omittendae possessionis causa. In beiden Fällen ist entweder der Besitz selbst oder aber das Recht auf Besitz streitig und die Parteien greifen zur Sequestration, um den Streit, welchen sie nicht sogleich austragen können, zu sistiren: es giebt also Jeder den von ihm behaupteten Besitz, bezüglich die Forderung, den Besitz sofort zurückzuerlangen, für den Augenblick auf, um ihn erst später wiederzuerhalten.

§ 90.

In dem Aufgeben des Besitzes, um dadurch einem Anderen für seine Forderung Sicherheit zu gewähren, liegt aber eine Verpfändung. Die Sicherung kann dadurch erstrebt werden, daß der aufgegebene Besitz auf den Gläubiger selbst, oder aber dadurch, daß derselbe auf einen Dritten, Unparteiischen übertragen wird. Beide Möglichkeiten haben im Römischen Recht eine gewisse reale Anerkennung gefunden. Seitdem man neben der Verpfändung mittelst der fiducia das eigentliche pignus gebrauchte — und dieß geschah, soweit unser Auge reicht, seit den ältesten Zeiten[1]) — ließ man bei Letzterem den juristischen Besitz der Pfandsache auf den Gläubiger übergehen; ja das Wesen des pignus bestand eben darin, daß der Verpfänder den juristischen Besitz aufgab und dem Gläubiger einräumte. Doch konnte der juristische Besitz auch auf einen Dritten übertragen werden, man sprach dann, wie wir oben sahen, von einem pignus ponere. Ein pignus ponere aber kam beim pignore certare, beim compromissum durch Deposition und in allen Fällen, wo die Sequestration an die Stelle einer prozessualischen Caution trat, vor. So ist es

[1]) Keller in Richter's Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. Jahrg. XI S. 977.

denn ganz natürlich, wenn hier überall dem Sequester juristischer 90. Besitz zugeschrieben wurde. Eben weil die Litiganten omittendae possessionis causa deponiren, d. h. durch Aufgeben des Besitzes und Uebertragung auf einen Dritten sich gegenseitige Realsicherheit bestellen wollen, muß notwendig der Dritte, der Sequester, juristischen Besitz erhalten, und deshalb ist es ganz richtig, wenn Julian einestheils die Absicht der Parteien als das Maasgebende bezeichnet, anderntheils aber sagt: „Wenn eine Sequestration nach den im Verkehr herrschenden Begriffen omittendae possessionis causa geschah, erhält der Sequester juristischen Besitz.“ Eben in jenen Fällen ist es ja ganz klar, daß notwendig die Absicht der Sequestranten auf das Aufgeben und die Uebertragung des juristischen Besitzes auf den Sequester gerichtet ist. Allerdings ist die mit der Sequestration verbundene Absicht das Entscheidende, aber das Vorhandensein dieser Absicht wird überall angenommen, wo ein Fall vorliegt, welcher nach den im Verkehr herrschenden Ansichten omittendae possessionis causa geschehen war.

Nun kann man wohl sagen: In jenen Fällen wird also der Wille, omittendae possessionis causa zu sequestriren, vermutet; um wie viel einleuchtender ist es, daß auch in anderen Fällen, wo die Deponenten ausdrücklich erklären, den Besitz aufgeben zu wollen, derselbe auf den Sequester übergeht. Diese Meinung vertritt namentlich Böcking.[1] Dabei vergesse man nicht, daß auch so die Sequestration als Verpfändung geschehen würde und daß deshalb im Allgemeinen die Requisite einer solchen, z. B. eine Forderung, zu deren Sicherung sie vorgenommen wird, vorhanden sein müßten.

Aber ich muß mich doch gegen diese Ansicht erklären. Das pignus ponere war wohl vor Alters ein allgemein gebräuchliches Institut, dessen Anwendung nicht auf eine bestimmte Anzahl von Fällen beschränkt war. Aber im Laufe der Zeit wurde es mehr und mehr mit engeren Grenzen umzogen, so daß zuletzt nur gewisse häufig vorkommende Anwendungen desselben im Leben stehen blieben. Selbst von diesen wurden durch die Jurisprudenz einzelne (z. B. das eigentliche pignore certare s. o. § 32 S. 66 ff.)

[1] Pandekten-Institutionen Bd. 1 § 123 Not. 18 S. 452. Vgl. ob. S. 231.

90. auf andere Rechtsgebiete hinübergezogen (§ 34) und es waren nur die wenigen oben aufgezählten Fälle, wo noch in späterer Zeit eine Verpfändung der Sache durch Deposition derselben bei einem Dritten geschehen konnte. Diese allmählige Einschränkung eines sonst, wie es scheint, so beliebten Instituts hat ihren Grund in der Ausbildung der Lehre vom Pfandverkauf und der dadurch eingetretenen Veränderungen im Pfandrecht überhaupt. Stände noch im Allgemeinen der Satz fest: eine Sache kann dadurch verpfändet werden, daß der Besitz einem Dritten eingeräumt wird, so müßte diese besondere Art des Faustpfands in dem Pfandrecht ausdrücklich erwähnt sein. Da aber nichts darauf Abzielendes sich vorfinden läßt, vielmehr immer nur das eigentliche pignus, d. i. Verpfändung durch Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger genannt wird, sind wir nicht befugt anzunehmen, man habe auch noch in späterer Zeit der Verpfändung wegen den Besitz auf einen dritten Vertrauensmann übertragen können.[1]) Wenn es da auch noch manchmal vorkam, daß man die verpfändete Sache bei einem Dritten deponirte (s. oben § 78), so wurde doch nicht angenommen, daß der Besitz auf den Sequester übergegangen sei, vielmehr wurde auch hier der Pfandgläubiger als juristischer Besitzer betrachtet, und wenn ja dem Sequester die possessorischen Interdicte übertragen worden wären, so konnte er nur als Stellvertreter des Pfandgläubigers angesehen werden. Lediglich in solchen Fällen, wo ein solches Stellvertretungsverhältniß nicht angenommen werden konnte, da es ungewiß, wer Pfandgläubiger, wer Pfandschuldner, also überall, wo die Sache eine streitige war, mußte man bei der alten Einrichtung stehen bleiben und den Besitz

[1]) Eine Spur der älteren Auffassung findet sich noch bei PAULLUS Sent. rec. II. 5, 1: „Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere uelit." Das pignus wird hier als ein depositum bei dem Pfandgläubiger betrachtet mit Uebertragung des Besitzes auf denselben. Vielleicht war vorher auch ein pignus als Depositum bei einem Dritten mit Uebertragung des Besitzes auf diesen erwähnt, denn die Rubrik des vorausgehenden Tit. IIII: „DE COMMODATO ET DEPOSITO PIGNORE FIDVCIAVE" ist insofern auffallend, als in dem Titel selbst kein Wort vom depositum pignus und der fiducia erwähnt wird.

auf den Sequester, der dann die possessorischen Interdicte im eigenen, nicht im fremden Namen gebrauchen konnte, übergehen lassen. Doch auch da hat der Sequester nicht den animus rem sibi habendi. Deshalb ist sein Besitz als ein „abgeleiteter" bezeichnet und den übrigen Fällen eines solchen gleichgesetzt worden.[1]) 90.

Wie schon mehrfach erwähnt, geschah auch die sequestratio custodiae causa gewissermaßen um eine Caution zu bestellen. Im Zweck und im endlichen Erfolg ist daher dieselbe gar nicht so sehr verschieden von der sequestratio omittendae possessionis causa. Der Unterschied aber ist, daß bei Letzterer dem Bedürfniß gemäß von Alters her Uebergang des Besitzes auf den Sequester stattgefunden hatte, während in den zum Theil älteren, zum Theil neueren Fällen, wo kein solches Bedürfniß vorhanden, jener Uebergang des Besitzes nicht zugelassen wurde.

§ 91.

Etwas könnte bedenklich erscheinen. Ich habe den juristischen (abgeleiteten) Besitz des Sequester darauf zurückgeführt, daß die Deponenten sich gegenseitig die zu deponirende Sache verpfänden. Nun wird aber bekanntlich der (abgeleitete) juristische Besitz des Faustpfandgläubigers dem Pfandschuldner, welcher an sich aufgehört hat zu besitzen, rücksichtlich der Usucapion zu Gute gerechnet.[2]) Es könnte daher für consequent und billig gehalten werden, auch bei der Sequestration dem obsiegenden Theil den Besitz des Sequester für die Usucapion in Anrechnung zu bringen. Dem wird aber ausdrücklich von Julian widersprochen. Dieß ist zwar eine auffallende, aber durchaus erklärliche Erscheinung. Der Satz, daß der Schuldner, welcher keinen Besitz hat, dennoch die angefangene Usucapion fortsetzen solle, gleich als ob er noch immer Besitz hätte, enthält eine Anomalie[3]), indem hier die Fortdauer eines Besitzes

---

[1]) v. Savigny, Besitz S. 125 ff., S. 280, S. 320 ff., namentlich S. 346 und nach ihm die meisten Neueren. Vgl. jedoch Böcking a. a. O. S. 450 Not. 7, S. 451 und 452.

[2]) Lavolenus Fr. 16 de usurpationib. (41. 3). Paullus Fr. 1 § 15 de A. V. A. P. (41. 2). Iulianus Fr. 36 eod.

[3]) v. Savigny, Besitz § 24 S. 341.

91\. fingirt werden soll, welcher nicht mehr vorhanden ist. Diese Fiction geschieht zu Gunsten des Schuldners. Doch ist es einleuchtend, daß sie nicht angewendet werden konnte, wenn der Besitz der verpfändeten Sache zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner schon vor der Verpfändung streitig war. Man kann die Fortdauer eines Besitzes fingiren, der einmal wirklich vorhanden war, bedenklicher aber ist es, anzunehmen, ein Besitz bestehe noch fort, welcher vielleicht nie existirte. Da müßte man mit der Fortdauer auch den Anfang fingiren, und hierzu ist durchaus kein genügender Grund vorhanden. Bei der ältesten Anwendung der Sequestration, wo der Sequester als Schiedsrichter fungirte, war es an sich klar, daß in dem Compromissum der Parteien die Uebereinkunft lag, die Sache solle demjenigen zugesprochen werden, welchem sie im Augenblick des Abschlusses des Compromissum gehörte. Es lag darin gleichsam ein Verzicht, später eintretende Veränderungen im materiellen Rechtsverhältniß noch geltend zu machen. Diesem gegenüber wäre es komisch gewesen, eine Fiction eintreten zu lassen, welche demselben in ihrer Endwirkung geradezu widersprochen hätte („id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat"). Ganz ähnlich in allen anderen Fällen der sequestratio omittendae possessionis causa. Die Sache ist da immer eine streitige und deshalb versteht es sich von selbst, daß dem Widersacher gegenüber die Fiction unanwendbar blieb. Was man aber für das Verhältniß zwischen den Parteien festgesetzt hatte, das mußte man auch für das Verhältniß einer Partei zu dritten Personen gelten lassen. War einmal erklärt: der Usucapionsbesitz wird durch die Sequestration einer streitigen Sache dem Widerpart gegenüber unterbrochen, so konnte man nicht gut sagen: aber dritten Personen gegenüber bleibt er fortbestehen. So war es eine in den factischen Umständen liegende Notwendigkeit, wenn bei der sequestratio omittendae possessionis causa der juristische Besitz des Sequester dem obsiegenden Theil nie zu Gute gerechnet wurde, während bei der sequestratio custodiae causa die Zeit, wo der Sequester die Sache inne gehabt, dem Deponenten, welcher von Anfang an besessen hatte oder, wie Julian, auf den in § 77 erwähnten Fall hinblickend,

sagt, „dem Sieger" nicht entzogen werden konnte, da ja hier der 91. Sequester überhaupt keinen Besitz, sondern nur detentio nomine alieno hatte.

§ 92.

Noch will ich bemerken, daß nach meinen Ausführungen sich der scheinbare Widerspruch zwischen Fr. 17 § 1 depositi (16. 3) und Fr. 39 de A. V. A. P. (41. 2) vollkommen befriedigend auflöst. Man fragt: Wie kann Florentinus dem Sequester im Allgemeinen und überhaupt juristischen Besitz zusprechen, während Julian nur dann, wenn omittendae possessionis causa deponirt wird, diesen juristischen Besitz anerkennt? Die einfache Antwort auf diese Frage ist: Florentinus denkt überhaupt nur an den Fall einer sequestratio omittendae possessionis causa, kann daher folgerichtig auch nur davon sprechen, daß der Sequester juristischen Besitz habe. Unser Autor hat nämlich nur Fälle im Sinn, wo die Sache, weil sie eine streitige war, sequestrirt wurde, also Fälle, wo immer von Seiten der Parteien der Wille, den Besitz aufzugeben, vorhanden war. Dieß geht mit Evidenz aus dem pr. des Fr. 17 cit. hervor, wo es heißt:

— — attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit, quum aliqua res in controuersiam deducitur,

sowie namentlich aus den schon angezogenen Schlußworten des § 1:

id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

Aber, wird man mir entgegnen, auch Julianus denkt an die Deposition einer streitigen Sache, wenn er von der sequestratio custodiae causa spricht, denn es heißt:

„— si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem uictori procedere constat."

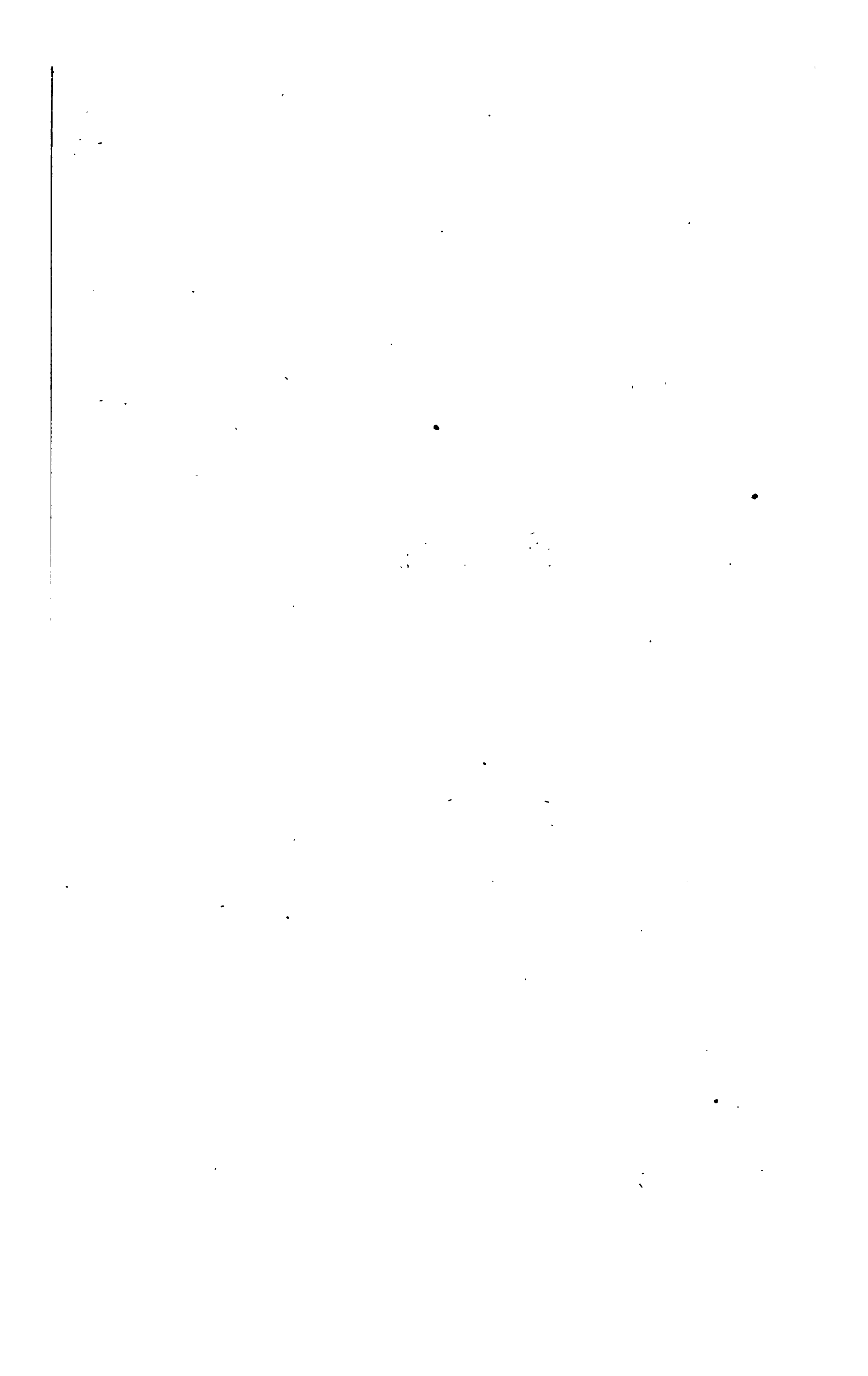
Nun giebt es allerdings, wie wir oben sahen, einen Fall, wo eine streitige Sache custodiae causa sequestrirt wurde, wenn nämlich die Parteien nach bestellter cautio iudicatum solui und nach der Litiscontestation übereinkamen, das Streitobject zu deponiren. Wenn da der Besitzer und Beklagte im Prozeß obsiegte,

16*

92. mußte zweifellos der Besitz des Sequester in die Usucapionszeit Jenes mit eingerechnet werden. Es ist aber, selbst wenn es keinen anderen Fall der sequestratio custodiae causa gäbe, der Ausdruck „uictori“ ungenau: sobald nämlich nicht der Beklagte und Besitzer, sondern der Kläger und Nichtbesitzer obsiegt, kann diesem, obgleich er uictor ist, der Besitz des Sequester auf keine Weise zu Gute kommen, da ja während des ganzen Prozesses sein Gegner juristischer Besitzer war und der Sequester bloß im Namen desselben die Sache detinirte. In den vielen anderen Fällen einer sequestratio custodiae causa, die wir kennen, kann von einem Sieger im Prozeß unmöglich die Rede sein, da die Sache jetzt noch gar nicht streitig ist. Hier vollendet der gegenwärtige Besitzer seine Usucapion auch während der Sequestration. Daß Julian diese Fälle durch den Ausdruck „uictori“ habe ausschließen wollen, ist nicht denkbar; vielmehr ist anzunehmen, daß er, um die Verschiedenheit mehr hervorzuheben, der sequestratio omittendae possessionis causa im Rechtsstreit gegenüber ein Beispiel der sequestratio custodiae causa gewählt habe, wo die Sache ebenfalls im Streit begriffen war und, wenn von Zurechnung des Besitzes die Rede sein sollte, dieß bei dem Sieger geschehen mußte. Dabei zeigt er deutlich genug an, daß nur dort die Sequestration geschehen war, weil die Sache streitig, während sie hier, wenn auch die Sache im Streit begriffen, aus anderen Gründen (s. oben § 77 a. E.) eintrat. Das „omittendae possessionis causa“ des Julianus und das „id enim agitur — ut neutrius possessioni id tempus procedat“ des Florentinus bezeichnet ein und dasselbe, es wird überall dadurch ausgedrückt, daß die Sequestration geschehen sei, weil die zu deponirende Sache in Streit geraten war.

Zweites Buch.

Das neuere Römische Recht.



Erstes Kapitel.

Das Recht des Codex Theodosianus.

I. Anwendung der Sequestration.

1. Die Sequestration als prozessualisches Cautionsmittel bei der Einleitung des Verfahrens.

§ 93.

Mit dem Untergang des ordo iudiciorum priuatorum kam 93. auch die Einleitung des prozessualischen Verfahrens durch in ius uocatio und uadimonium ab, obgleich wohl noch Beide als gesetzlich fortdauernd angesehen und vielleicht auch hie und da angewendet wurden.[1]) Regelmäßig begann man jetzt den Prozeß durch die noch zur Zeit des ordo iudiciorum priuatorum, angeblich schon von Marc Aurel, eingeführte litis denunciatio.[2]) Wir nehmen an, daß diese sich der weitverbreiteten Sitte der denunciationes[3]) überhaupt angeschlossen habe[4]), dann im weiteren Verlauf mit dem Vadimonium auf gewisse Weise verknüpft worden und endlich an die Stelle desselben getreten sei.[5]) „Der Sache

---

[1]) Keller, Röm. Civilprozeß § 48 S. 198 vgl. namentlich Not. 563.

[2]) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 248.

[3]) Keller Semestria ad M. T. Ciceronem I p. 355 sqq.

[4]) Keller, Röm. Civilprozeß a. a. O. S. 200.

[5]) Vgl. Zimmern, Röm. Rechtsgeschichte 3. Bd. S. 354. Bethmann-

93. nach scheint in der litis denunciatio eine außergerichtliche Ankündigung des Rechtsstreits von Seiten des Klägers an den Beklagten gelegen zu haben, welche unter genauerer Bezeichnung der Streitsache (anstatt actionis editio) vor Zeugen zu geschehen, auch nach dem Brauche der testationes überhaupt in Schrift verfaßt zu werden pflegte und so eine verbindliche Kraft dahin erhielt, daß der Beklagte auf einen gewissen späteren, gesetzlich oder vertragsmäßig bestimmten Termin ohne Weiteres in iure zu erscheinen und auf die Klage sich einzulassen verpflichtet wurde."[1]) Vielleicht stand das Institut der formlosen, lediglich durch Sequestration des Streitobjects gesicherten Vadimonien in irgendwelcher Beziehung zu der litis denunciatio, doch läßt sich da bei dem Mangel aller Quellen nicht nachkommen. Das Institut wurde erst später durch kaiserliche Constitutionen genau ausgebildet und so kommt es denn, daß im Codex Theodosianus sich sehr viele — wenngleich nicht überall zureichende — Nachrichten darüber finden. Bethmann-Hollweg[2]) hat dasjenige, „was sich in den Quellen mit Bestimmtheit erkennen läßt", zusammengestellt; wir können daher einfach auf sein Handbuch verweisen und wollen nur bemerken, daß Constantin[3]) vorgeschrieben hatte, die Denunciation solle immer bei Behörde geschehen.[4]) Ich kann mir dieß nicht anders denken, als daß entweder der Kläger denjenigen, gegen welchen er die litis denunciatio vornehmen wollte, vor die Behörde brachte und da den Prozeß feierlich ansagte, oder aber daß er die Denunciation nicht dem persönlich anwesenden Beklagten gegenüber, sondern an den Beamten vornahm und diesen bat, Jenen davon zu benachrichtigen, so daß derselbe am letzten Tag der ge-

---

Hollweg a. a. O. S. 247. Keller Semestria p. 358 Not. 44. Rudorff zu Puchta, Institutionen 2. Bd. § 184 Not. c S. 268. Ueber die bekannte Stelle bei Aurel. Victor De Caesarib. XVI. 9 vgl. Hartmann, Contumacialverfahren S. 148 und 149 Not. 24.

[1]) Keller, Röm. Civilprozeß § 48 S. 199.

[2]) A. a. O. SS. 248 ff.

[3]) C. 2 C. Th. de denunciatione uel editione rescript. (2. 4).

[4]) Hartmann a. a. O. S. 163. Keller, Röm. Civilprozeß S. 199 Not. 567.

setzlichen Frist zum Beginn der Verhandlungen vor Gericht erscheinen mußte.[1]) Das Erstere konnte vorkommen, wenn der Beklagte freiwillig auf eine priuata denunciatio mit vor die Behörde sich begab; that er dieß aber nicht, so wäre in ius uocatio lediglich zum Zweck der Vornahme der denunciatio nötig gewesen, es hätte also die neue Einleitungsform die alte nicht erspart. Deshalb ist gewiß die Constantinische Verordnung so zu verstehen, daß die Gegenwart des Beklagten zur Vornahme der feierlichen Denunciation vor einer Behörde nicht erforderlich war: es wurde denunciirt und durch den Beamten dem Beklagten von dem Act Kunde gegeben. Man erreichte auf diese Weise durch die gerichtliche denunciatio denselben Zweck, wie mit der in ius uocatio und der Unterschied ist eigentlich nur der, daß man bei Letzterer den Beklagten immer persönlich aufsuchen und vociren mußte, während bei der Ersteren Alles schriftlich abgemacht wurde. Uebrigens ist es wahrscheinlich, daß die denunciatio meistens bei dem für die Sache competenten Richter geschah, und da konnte die Benachrichtigung von derselben an den Beklagten leicht in eine Ladung übergehen; es bedurfte dann nur noch einer Nichtbeobachtung der gesetzlichen Fristen, so war das ganze Institut beseitigt und eine neue Einleitungsart des Prozesses eingeführt.

93.

§ 94.

Wir werden unten (§ 119) Gelegenheit finden, hierauf zurückzukommen und unsere Ansicht besser zu begründen, namentlich aber das Verhältniß der Litisdenunciation zu der gesetzlich noch fortbestehenden in ius uocatio und zu dem außergerichtlichen Vadimonium näher zu betrachten. Für jetzt wäre eine weitere Untersuchung überflüssig, da im Codex Theodosianus nur Fälle der Sequestration erwähnt werden, wo dieselbe als eine vom Richter aufgelegte wirkliche Prozeßcaution (an Stelle der cautio iudicatum solui) erscheint.

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 250.

94. Es werde hier nur noch erwähnt, daß schon nach dem Recht des Codex Theodosianus eine Reihe von Sachen von der Litisdenunciation, welche wegen der damit verbundenen Fristen die Sache bedeutend verzögerte, ausgenommen waren, so Schuldklagen aus Urkunden, Fideicomisse, alle Interdicte, die querela inofficiosi testamenti, die actio tutelae und negotiorum gestorum, alle Sachen bis zum Betrag von 100 solidi[1]), die actio doli[2]), die Rückforderung des gegen die lex repetundarum Geschenkten[3]), Klagen der Kirchen[4]), fiscalische Prozesse[5]) und endlich die Freiheitsprozesse der Colonen gegen ihre Herren.[6])

In allen diesen Fällen wurde wohl der Prozeß durch einen dem Richter überreichten schriftlichen Libell und darauf folgende Ladung eingeleitet.[7]) Jedenfalls mußten auch da die schon erwähnten Prozeßcautionen bestellt werden, so daß in dieser Beziehung kein Unterschied zu machen ist zwischen den Sachen, bei welchen die Denunciation erforderlich war, und denjenigen, bei welchen sie fehlen durfte.

§ 95.

Dieß war vorherzuschicken, um einige Stellen des Codex Theodosianus näher prüfen zu können, welche von Sequestrationen handeln, die offenbar an die Stelle von Prozeßcautionen treten. Zuerst betrachten wir

---

[1]) C. 6 C. Th. de denunciatione (2. 4). Cf. CC. 3, 5 eod.

[2]) C. un. C. Th. de dolo (2. 15).

[3]) C. 6 § 1 C. Th. de iis quae administr. (8. 15).

[4]) C. 7 C. Th. de denunciat. (2. 4). Vgl. dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 252 Not. 33.

[5]) C. 3 C. Th. de offic. Comit. sacrar. largition. (I. 10) und dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 34.

[6]) C. un. C. Th. utrubi (4. 23). Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 251 Not. 29 scheint diese Stelle bloß auf das interdictum utrubi zu beziehen. Allein es ist in derselben ausdrücklich gesagt: „— bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri, tunc causam originis et proprietatis agitari, non exspectatis temporibus nec denunciatione solenni — —."

[7]) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 253 und unten § 99.

C. 6 (GOTHOFRED. 2) C. Th. de liberal. causa (4. 8)

Imp. CONSTANTINUS A. ad Maximum Pf. U.

Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius uitae in liberos necisque potestas permissa est, eripere libertatem non liceret. § 1. Si quisquam minor uenumdatus actum maior administrauit, quoniam minoris emptio scientiam non obligat, eum ad libertatem uenientem emptionis actusque a maiore administrati praescriptio non tenebit: § 2. nec uero ille, qui apud quempiam pro seruo educatur, ac maior effectus uendenti ueluti domino acquieuit actuque administrato iam paene extremam relegit libertatem (quoniam neque maior effectus originem suam nouerat, neque eam, quam ignorauerat, uenditionem patiens deseruisse iudicandus est) minori similis, eadem emptionis atque actus administrati praescriptione non alligabitur, sed utrique dabitur assertio. § 3. Paria etiam in libertinis erunt, qui quaestu quodam in eandem

C. 10 C. I. de patr. pot. 95. (8. 47).[1])

Imp. CONSTANTINUS A. ad Maximum P. U.

Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius uitae in liberos necisque potestas olim erat permissa, eripere libertatem non liceret. Dat. XV Kal. Iun. Thessalonica, Seuero et Rufino Coss. [323].

[1]) Ich setze dasjenige, was in den Cod. Iustinian. übergegangen ist, zur Vergleichung gleich nebenan.

95\. rursus seruitutem relabuntur. Sed eorum hac exceptione causa distinguenda est, ut, qui impuberes intra annum quartum decimum manumissi ac deinceps in seruitio retenti ignorata libertate non utantur, maioresque uenumdati actum gerant, ab assertione non arceantur: cum illi aetati tributae libertatis ignoratio aut obliuio concessa est. Qui uero memoria firma uenditioni post factae non nescius innectitur, huius legis beneficio carebit. § 4. Et quoniam uicissim etiam ipsis, qui his rem commiserunt, medendum est, si quisquam omnium, qui supra comprehensi sunt, in libertatem proclamauerit, id, quod apud se esse eius, qui se dominum dicit, profitebitur, quoniam de eo non dubitatur, reddi ac referri iudex protinus pronunciabit. § 5. Quod uero petitur, si id fuerit negotiatione controuersum, per cautionem assertoris, ut alia lege comprehensum est, conseruabitur, ac petitio differtur, ut, si fuerit approbata propria libertas, gestarum rerum ab eodem ratio atque omne, quod debebitur, reposcatur, ut seruitute depulsus, qui pro domino

C. 3 C. I. quibus ad libertatem proclamare (7. 18)

Imp. CONSTANTINUS A. ad Maximum P. U.

Si quis in libertatem proclamauerit, id, quod apud se esse eius, qui se dominum dicit, profitebitur, quoniam de eo non dubitatur, reddi ac referri iudex protinus pronunciabit. Quod uero petitur, si fuerit negatione dubium, per cautionem conseruabitur ac petitio differetur, ut, si fuerit approbata libertas (quoniam et ipsis, qui his rem commiserunt, medendum est) gestarum rerum ab eodem ratio atque omne quod debetur, reposcatur, ut seruitute depulsa, qui pro domino quondam fuerat, ha-

quondam fuerat, habeat, quod ut seruo domini iure largitus est, et quae ex earum rerum quaestu ac fructibus conciliata sunt, et quae de furtiuis compendiis obscure capta ac parta sunt, cum liberum esse non oporteat, quod apud seruum dominus peculii nomine collocauerat. § 6. Ea uero, quae testamento aut donatione quaesita sunt, aut quae ex earum rerum emolumentis empta confectaque sunt, eidem ingenuo deputentur. § 7. Quae tamen uniuersa exacto libertatis iudicio, quo a supra dictis rebus discernuntur, in sequestri esse oportet, ut, his ab utroque deductis atque in medio iure locatis, ad eorum proprietatem uterque contendat. Dat. XV Kal. Mart. Thessalonica, Seuero et Rufino Coss. [323].

beat, quod ut seruo domini 95. iure largitus est, et quae ex earum rerum quaestu ac fructibus congregata sunt, et quae de furtiuis compendiis obscure capta ac parata sunt, cum liberum esse non oporteat, quod apud seruum dominus peculii nomine collocauerat. Ea uero, quae testamento uel donatione quaesita sunt, aut quae ex earum rerum emolumentis empta confectaque sunt, eidem ingenuo deputentur. Quae tamen uniuersa exacto libertatis iudicio, quatenus a supradictis rebus discernuntur, in sequestro esse oportet, ut, his ab utroque deductis atque in medio iure collocatis, ad eorum proprietatem uterque contendat. Dat. XV Kal. Mart. Thessalonica. Seuero et Rufino Coss. [323].

Diese Constitution zerfällt in drei Theile. Nach der allgemeinen Bemerkung des Principium über die Begünstigung der Freiheit, erläßt der Kaiser (§§ 1—3) Bestimmungen über einzelne Fälle der proclamatio in libertatem, wenn der die Freiheit Beanspruchende noch als maior Sclavendienste geleistet hat d. h. actu Sclave geblieben ist. Dann geht er darauf über, Anordnungen zu treffen (§§ 4—7), wie es in solchen Fällen mit dem Vermögen, welches sich bei dem in libertatem Proclamirenden befindet, gehalten werden soll. Dasjenige, was nach dem Geständniß des Letzteren dem bisher als Herrn Geltenden gehört, muß, als nichtstreitig, sofort diesem eingehändigt werden. Rücksichtlich des Uebrigen sind zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder hatte der Pro-

95. clamirende ein Peculium oder nicht. War das Letztere der Fall, so befand sich kein Vermögen in seinen Händen und er mußte wegen etwaiger Ansprüche, die er auf den Grund hin, daß er einen Erwerb aus Erbschaft, Schenkung ꝛc. gemacht habe, welcher an den Herrn gekommen, warten, bis er für einen Freien erklärt war. Dieß versteht sich eigentlich von selbst, kam auch wohl in der Praxis selten vor; deshalb übergeht der Kaiser diesen Fall, behandelt aber um so ausführlicher die Frage: Wie wird es, wenn der Proclamirende ein Peculium hatte und bisher einem Geschäft des Herrn z. B. als Institor vorgesetzt war? Da muß, wenn auf Freiheit erkannt wird, der Befreite nicht nur Alles, was er vom Herrn erhalten, sondern auch Alles, was er ex re domini erworben hat, diesem zurückgeben, während er seinen Erwerb aus Erbschaft, Schenkung ꝛc. und aus eigenem Vermögen behalten darf, bezüglich zurückfordern kann. Behauptet nun der in libertatem Proclamirende, in das Geschäft aus eigenem Erwerb Verwendungen gemacht zu haben, so ist gerade dadurch das in dem Geschäft befindliche Vermögen streitig („negotiatione controuersum").[1]) Für die Entscheidung dieser Differenz ist die Statusfrage Präjudicialpunkt: erst wenn die Freiheit anerkannt ist, kann die weitere Frage gestellt werden: Wie steht es mit dem Vermögen, „quod fuerit negotiatione controuersum"? Würde der die Freiheit Beanspruchende zurückgewiesen, so wäre ja an streitige Vermögenstheile gar nicht zu denken. Deshalb soll vor der Hand die Verhandlung über den Geldpunkt, bis nach Entscheidung der Statusfrage, ausgesetzt bleiben, indem dann entweder zu Gunsten des Herrn erkannt ist, welchesfalls eine weitere Erörterung von selbst hinwegfällt, oder aber zu Gunsten der Freiheit, so daß der Sieger selbst sein Recht gegen den bisherigen Beherrscher wahren kann. Da nun nach dem bekannten Satz des Zwölftafelgesetzes, daß die uindiciae secundum libertatem zu ertheilen, derjenige, qui in libertatem proclamat, während der Dauer des Prozesses den Besitz der

[1]) Das im Cod. Iust. Geänderte: „Quod uero petitur, si fuerit negatione dubium" giebt wohl einen ähnlichen Sinn, ist aber durchaus nicht so bezeichnend, wie das ursprünglich Stehende.

Freiheit erhielt und so auch das von ihm detinirte und für sich 95. beanspruchte Vermögen fortbesaß, mußte von dem Assertor dem Herrn eine Caution bestellt werden, welche auf die Erhaltung jenes Vermögens gerichtet war.[1]) Diese Caution hat insofern etwas Auffallendes, als bei der uindicatio in libertatem der Assertor als Kläger erscheint, und zwar als Kläger im eigenen Namen, während doch nach Gaius[2]) der vindicirende Kläger keine Caution zu leisten hat. Wohl ist eine Caution des Assertor bei der uindicatio in seruitutem bekannt. Von dieser heißt es in

C. 5 § 4 C. Th. de liberal. causa (4. 8):

Cum id proprio periculo fecerit assertor, ut rem saluam fore promittit, ita satis accipiat de mulctae redhibitione' (CONSTANTINUS).

Sie ging also auf die Conservation der Gegenstände, welche sich in dem Besitz des in die Sclaverei Vindicirten befanden. Eigentlich ersetzte sie nur die cautio iudicatum solui und ich zweifle nicht, daß sie älteren Ursprungs und nicht erst von Constantin eingeführt sei.[3]) Das geht aus der ganzen Fassung des citirten § 4 hervor, indem die cautio des assertor libertatis als etwas Altbekanntes behandelt und dem von Constantin neu eingeführten Institut der satisdatio de mulctae redhibitione gegenübergestellt wird. Gerade deshalb aber kann ich die Ansicht des Jac. Gothofredus nicht theilen, wonach die Worte unserer C. 6 § 5 cit.

— per cautionem assertoris, ut alia lege comprehensum est auf die C. 5 § 4 zurückverweisen sollen. Die Caution des Assertor bei der uindicatio in libertatem aber scheint nicht jünger zu sein, als diejenige bei der uindicatio in seruitutem. Schon bei

---

[1]) Vgl. den Commentar des IAC. GOTHOFREDUS zu unserer Stelle.

[2]) IIII. 96.

[3]) Nicht hierher gezogen werden können — wie es IAC. GOTHOFREDUS ad C. 1 (HAENEL 5) C. Th. de liberal. causa (4. 8) thut — die Bürgen, welche im Freiheitsprozeß der Virginia bei LIVIUS III. 45. 46 und DIONYS. HALIC. XI. 28—37 erwähnt sind. Vgl. K. A. Schmidt (von Ilmenau) in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. 14 SS. 86—88, 91—93.

95. MARTIALIS Epigr. I. 52[1]):

> Si de seruitio graui queruntur,
> Assertor uenias satisque praestes,
> Et, cum se dominum uocabit ille,
> Dicas esse meos manuque missos.
> Hoc si terque quaterque clamitaris,
> Impones plagiario pudorem.

kommt jene vor und es ist wohl schon in früher Zeit die cautio, welche der Assertor eines als Sclave in Anspruch Genommenen, bisher im Zustand der Freiheit Befindlichen, anstatt der cautio iudicatum solui leisten mußte, ausgedehnt worden auf den Assertor bei der uindicatio in libertatem. Die Worte „ut alia lege comprehensum est" gehen vielleicht auf eine neuere, uns nicht erhaltene Verordnung über die Bestellung der Caution des Assertor in dem besonderen Fall, wo auch das Vermögen, welches in den Händen des in libertatem Proclamirenden sich befand, streitig war. Dafür, daß im Allgemeinen kein Unterschied gemacht wurde zwischen der cautio des Assertor bei der uindicatio in libertatem und derjenigen des Assertor bei der uindicatio in seruitutem, spricht auch eine Aeußerung des Thaleläus, welcher der Caution des Assertor erwähnt, ohne irgendwie zu distinguiren:

Το παλαιὸν τὸν ὑπὲρ τοῦ δούλου δικαιολογούμενον αὐτὸν ὑποκεῖσθαι περὶ τούτων ἀσφαλείᾳ· καὶ τοῦτο οὖν ἡ διάταξις ἀναιρεῖ.[2])

Deshalb nehme ich recht gern mit Jac. Gothofredus an, die Caution des Assertor eines in libertatem Proclamirenden sei nach Analogie der Caution des Assertor des in seruitutem Vindicirten darauf gegangen: „res saluas fore, quas qui ad libertatem prouocat, possidet." Die Billigkeitsgründe, welche für diese Caution sprechen, sind einleuchtend und bedarf es deshalb weiter keiner Ausführung. Wurde gegen die Freiheit erkannt, so war

---

[1]) Ausg. von SCHNEIDEWIN. Lips. 1853.

[2]) Sch. ad Basil. XLVIII. 21, 1 (HEIMB. T. IIII p. 783). Die am Schluß der Stelle erwähnte Constitution ist: C. 1 C. I. de assertione tollenda (7. 17), durch welche IUSTINIAN die Notwendigkeit des Assertor beim liberale iudicium entfernte.

mit der Herrschaft des Herrn über die Person des Sclaven auch die Herrschaft des Ersteren über das in den Händen des Letzteren befindliche Vermögen anerkannt und der Assertor mußte einstehen, wenn sich dieses irgendwie vermindert hatte, außer wenn die Verringerung in Folge eines zufälligen Ereignisses eingetreten war. Siegte aber der in libertatem Proclamirende, so folgte über das bei ihm vorhandene Vermögen ein besonderer Prozeß und der Assertor hatte wieder dafür aufzukommen, daß in diesem über das ganze Vermögen gestritten werden konnte, über welches gestritten worden wäre, wenn der die Freiheit Beanspruchende sofort und ohne weitere Verhandlung für frei erkannt worden wäre. 95.

§ 96.

Der innere Zusammenhang der §§ 5 und 6 unserer Constitution ist daher folgender. Zuerst wird gesagt, daß der Streit über Dasjenige, „quod negotiatione controuersum est", bis zur Beendigung des Freiheitsprozesses verschoben, inzwischen aber von dem Assertor Caution bestellt werden solle. Wird zu Gunsten der Freiheit erkannt, dann soll der Sieger Rechnung stellen über seine Geschäftsführung und darauf kann der „qui pro domino quondam fuerat" Alles fordern, was ex re sua an Jenen gelangt war. Dem Letzteren aber soll dasjenige zu Gute kommen, was er durch Testament oder Schenkung und mit seinem daraus entstandenen Vermögen erworben hat. Dabei scheint mir die Paragraphenabtheilung hinter collocauerat höchst ungeschickt zu sein. Der Satz „ea uero" *etc.* gehört vielmehr noch zu dem Vorhergehenden und die Construction ist folgende:

— petitio differtur, ut — — ab eodem ratio — — reposcatur [*ita*], ut seruitute depulsus — — habeat, quod — largitus est, et quae — — conciliata sunt, et quae — — capta ac parta sunt — —: ea uero, quae testamento aut donatione quaesita sunt aut quae *etc.* empta confectaque sunt, eidem ingenuo deputentur.

So erst werden die Worte „eidem ingenuo" verständlich, denn sie sind hinaufzubeziehen auf das „ab eodem ratio reposcatur" und dieses wieder auf das „si quisquam omnium, qui supra com-

96. prehensi sunt, in libertatem proclamauerit“ des § 4. Daß der Kaiser ausdrücklich sagt „eidem ingenuo“, hat wohl seinen guten Grund, indem nur bei dem Freigeborenen aller Erwerb, welcher durch Testament ꝛc. gemacht ist, dem in libertatem Vindicirenden gehört, während bei dem Libertinen derartiger vor der Manumission gemachter Erwerb dem ehemaligen Herrn verbleibt. Der Kaiser schließt nun seine Verordnung damit ab, daß er noch über das Verfahren in dem Streit über das Vermögen, „quod negotiatione controuersum“, einige Vorschriften giebt. Diese sind es namentlich, welche uns interessiren.

§ 97.

Nach Vollendung des Freiheitsprozesses („exacto libertatis iudicio“) soll das gesammte streitige Vermögen — „quae tamen uniuersa“ ist zurückzubeziehen auf „quod uero petitur, si id negotiatione fuerit controuersum“ — sequestrirt werden. Schwierig sind dabei die Worte „exacto libertatis iudicio, quo a supra dictis rebus discernuntur.“ Jac. Gothofredus faßt das quo so auf, als ob es für usque quo stünde, auch, meint er, könne man quoad dafür setzen.[1]) Mit der letzteren Erklärung stimmt Wenck[2]) überein, der noch als zweites Synonymum donec nennt. Der Sinn also wäre: die Deposition bei dem Sequester soll auf so lange geschehen, bis die Trennung der zu scheidenden Vermögensstücke geschehen ist. Diese Interpretation muß aber verworfen werden, da 1. nicht zu vermuten ist, der Kaiser werde etwas, was sich von selbst versteht und aus dem Vorhergehenden und Folgenden schon hervorgeht, mit besonderem Nachdruck hier anbefohlen haben, und 2. weil dann die Worte „a supra dictis rebus“ ganz unverständlich wären. Welche Sachen sollen mit dieser Hinweisung gemeint sein, da doch eben gesagt ist: „quae uniuersa in sequestri esse oportet“, d. h. Alles, was streitig ist ꝛc.?

Auf die rechte Spur werden wir kommen, wenn wir die

---

[1]) Not. ad h. l.

[2]) Cod. Theodos. libr. V priores. Lips. 1825 ad h. l.

Frage beantworten: Was steht den streitigen Dingen gegen- 97.
über? Nichtstreitig sind diejenigen, von denen der in libertatem Proclamirende anerkannt hat, daß sie dem die Herrschaft Beanspruchenden gehören. Diese Sachen sollen, wie wir im § 4 der Stelle lesen, auf Befehl des iudex dem dominus alsbald nach dem Geständniß des Proclamirenden hinausgegeben werden, also noch bei andauerndem Prozeß über die Freiheit, während rücksichtlich der streitigen Sachen ein ganz anderes, uns schon bekanntes Verfahren eintritt. Jene nichtstreitigen Sachen sind mit dem supra dictae res gemeint und der ganze Satz erhält den Sinn: Sämmtliche streitige Sachen sollen nach Vollendung des Freiheitsprozesses, in welchem sie von den obenerwähnten nichtstreitigen Sachen getrennt werden, in Sequestration kommen. So steht quo in seiner einfachen Bedeutung und die ganze Stelle ist, ohne daß man zu künsteln brauchte, durchaus verständlich. Auch die Aenderung der Verfasser des Cod. Iustin. („quatenus — discernuntur“) stellt sich hiermit — obwohl sie einen besseren Sinn giebt als das Gothofredische quoad — als unrichtig und sinnverderbend heraus.

§ 98.

Die Sequestration soll geschehen „ut, his (*sc. rebus*) ab utroque deductis atque in medio iure locatis, ad eorum proprietatem uterque contendat.“ Rücksichtlich der streitigen Gegenstände findet also ein förmlicher Eigenthumsprozeß statt. Wie wir wissen, behielt während des liberale iudicium der die Freiheit Beanspruchende diejenigen streitigen Gegenstände inne, welche er als die seinigen in Anspruch nahm. Einen anderen Theil der Streitgegenstände besaß der, welcher bisher domini loco war, nämlich diejenigen, welche ihm aus dem Erwerb des Sclaven durch Testament rc. zugekommen waren. Wenn nun der Proclamirende für frei erklärt ward, so mußte er auch für die Vergangenheit, wenigstens für die Dauer des liberale iudicium, als juristischer Besitzer der bei ihm befindlichen Gegenstände angesehen werden, denn es ist anerkannt, daß er rechtsfähig war, und daß er den animus possidendi hatte, geht daraus hervor, daß er jene

98. Sachen für sich beanspruchte. In dem nun anhängig zu machenden Eigenthumsprozeß wird daher rücksichtlich des einen Theils der Streitobjecte der eben in libertatem Vindicirte die Beklagtenrolle, derjenige, welcher ehemals pro domino galt, die Stelle des Klägers einnehmen, rücksichtlich des anderen Theils wird umgekehrt der Letztere als Beklagter, der Erstere als Kläger erscheinen. Eigentlich würden nun so viele Vindicationsprozesse entstehen, als es streitige Gegenstände sind, und in jedem solchen Prozeß müßte entweder der in libertatem Vindicirte, oder derjenige, welcher domini loco war, je nachdem der Eine oder der Andere Beklagter ist, die cautio iudicatum solui leisten. Dieß hätte zur Folge eine höchst unnütze Verweitläufigung und getrennte Behandlung offenbar connexer Sachen. Deshalb ordnet der Kaiser zur Vereinfachung an, daß Alles, was der in libertatem Vindicirte von seinem ehemaligen Herrscher, und ebenso was Dieser von Jenem fordert, sequestrirt werde und dann ein Verfahren beginne, in welchem Jeder seine Eigenthumsansprüche verfechte. Dieß war mit dem zu Constantin's Zeiten gebräuchlichen, fast formlosen Prozeßgang recht gut vereinbar, und es stellt sich die ganze Prozedur dar als eine Verhandlung über eine Reihe objectiv cumulirter Klagen und Widerklagen. Die Sequestration selbst ist entschieden an die Stelle der eigentlich von beiden Seiten zu leistenden cautiones iudicatum solui getreten und von dem Kaiser deshalb angeordnet, weil sie sich als das einfachste Mittel empfahl, um die beiden Parteien gegenseitig sicherzustellen.

§ 99.

Fast ein ganzes Jahrhundert später erließ der Kaiser Honorius[1]) eine Constitution, aus welcher sich wichtige Schlüsse für die Bedeutung, welche die Sequestration in der Zwischenzeit erlangt zu haben scheint, ziehen lassen. Es ist dieß die nicht in den Cod. Iustin. übergegangene

---

[1]) Von Honorius rührt sie her, da sie aus Ravenna datirt ist.

C. 1 C. Th. si certum petatur de chirographis (2. 27)[1]: 99.
Imppp. Honorius, Theodosius et Constantinus AAA. Palladio Pf. P. Super chirographis mortuorum hanc seruari uolumus perpetua obseruatione sententiam, ut, qui inter absentes intra hoc iuge quinquennium, inter praesentes uero biennium iudiciis competentibus non publicauerit cautiones, nec conuenerit debitoris heredes, actione priuetur. § 1. Hic tamen si intra tempora constituta processerit, absque ullo sequestrationis obiectu prius manum defuncti probare iubeatur — hoc enim toto iure cantatum est, ut scripturam prolator affirmet; quam tamen adstrui non sola manus collatione conueniet (quid enim aliud falsarius agit, quam ut similitudinem ueritatis imitetur?) sed aliis multiplicibus documentis, ut probet, magnae securitatis fuisse, quod siluit: nam si publicam iudiciorum aditionem amicitiarum forsitan impediuit affectio, priuatam saltem conuentionem testis audiuit, libertus aut seruus agnouit, admonere etiam potuit sub mortis uicinitate languentem; [§ 2.] quodsi se forsitan causetur absentem, maioribus adstrui potest conuentio longinqua documentis, promissaeque solutionis epistulare rescriptum; ac ne id ipsum, qui cautionem fingit, imitetur, producat in medium portitores, qui alternae partis scripta confirment, a quibus tamen uerum uel sacramento dignitas uel suppliciis terror exploret — quamuis ad illuminandam hereditarii debiti fidem et causas oporteat foenoris approbari, et pecuniae baiulos hinc inde produci. His ac talibus si destituetur taciturnitas longinqua documentis, in euidenti est, ueteratorum calumnias non solum repetitione priuandas, uerum etiam seueritate cohibendas. § 3. Sed si uiuentis ante hanc legem facta cautio proferatur, quam suam neget ille, qui petitur, sequestret pecuniam litigaturus ex falso. Cauendum est enim, ne inficiandi fomitem ministremus obnoxiis. Quod tamen tunc conueniet custodiri, si inter praesentes

---

[1]) Ich habe mir erlaubt, die Interpunction meiner Auffassung der Constitution gemäß zu ändern und diejenige Paragraphabtheilung, welche ich für überflüssig und fehlerhaft halte, in Klammern einzuschließen.

99. utrosque uiuentes necdum uiginti anni, inter absentes necdum triginta doceantur emensi. Alioqui, si chirographi fides sub silentio iudiciariae conuentionis statutum tempus excesserit, probari prius debitum conueniet, tunc reposci, sequestrationis necessitate summota; § 4. sin uero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione causetur, tunc chirographi discuti oportebit aetatem, ut, si iure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cauillationis istius perdat obstaculum. § 5. De cetero uero sancimus, ut omnes deinceps cautiones intra duodecennium uim contestationis accipiant, quam debitor facta nouatione promittat. § 6. Sed si mediis temporibus peregrinetur obnoxius, quo nouationi longior obsit absentia, uolumus, creditorem ante duodecennium praestitutum aditis iudiciis edictum mereri auctoritatemque postibus debitoris affigere, domesticas etiam conuenire personas: nullus enim per tanta contestationum poterit documenta mentiri. Quod ideo ante duodecennium iubemus agitari, ut per interualla temporis longioris inclamatus aduertat, confutari debere, si fides non agnoscitur petitorum, nec obesse iam post adscripta tempora creditori, si post has contestationum uoces longa debitoris absentia uel redhibitio proteletur, uel nouatio iusta ludatur. Et quamuis nescire promulgata non liceat, per omnem hunc annum pendere iubemus edictum. Dat. V Kal. Aug. Rauenna, Eustathio et Agricola Coss. [421].

Der Inhalt des Edicts ist folgender:

I. Schuldverschreibungen Verstorbener sollen inter absentes (d. h. wenn der Gläubiger und die Erben des Verstorbenen in verschiedenen Provinzen sich befinden) innerhalb fünf, inter praesentes (wenn jene Personen in derselben Provinz sich aufhalten) innerhalb zwei Jahren bei dem competenten Gericht promulgirt (d. h. mit einer protokollarisch zu fixirenden Erklärung vorgezeigt), außerdem aber die Erben des Schuldners von dem Gläubiger belangt werden. Wird davon etwas unterlassen, so soll der Gläubiger seiner Klage verlustig gehen.

Erinnern wir uns, daß bei Schuldklagen aus Urkunden die

Litisdenunciation wegen der damit verbundenen verschleifenden 99. Fristen nicht angewendet wurde (s. o. § 94 a. E.), so kommen wir leicht auf die Vermutung, daß mit den Worten „iudiciis competentibus non publicauerit cautiones nec conuenerit debitoris heredes“ die Einleitung des prozessualischen Verfahrens in derartigen Streitigkeiten überhaupt geschildert sei: es wurde dabei ohne förmliche Denunciation unter sofortiger Production der Urkunden die Klage angebracht, worauf in einem ohne Beobachtung der gesetzlichen Fristen anberaumten Termin die cognitio ihren Anfang nahm.[1]) Ueber diese cognitio selbst nun giebt uns der § 1 unserer Constitution einigen Aufschluß. Der Kläger soll vor Allem beweisen, daß die Urkunde von der Hand des Verstorbenen herrühre. Dieß setzt voraus, daß dem Beklagten die Urkunde producirt und von demselben nicht anerkannt worden sei. Daraus ist zu entnehmen, daß wohl sofort im ersten Termin die Production der Urkunde und Vorlage an den Beklagten erfolgte, worauf, wenn der Letztere sie nicht anerkannte, der Kläger zu dem Aechtheitsbeweis[2]) zugelassen wurde. Zu diesem genügte aber nicht die bloße Handschriftenvergleichung, sondern es mußte diese durch adminiculirende Beweisgründe unterstützt, so z. B. dargethan werden, daß der Verstorbene zwar aus irgend einem Grund nicht gerichtlich belangt, wohl aber privatim gemahnt worden sei. Dieser Nachweis kann durch Zeugen rc. beigebracht, und wenn die Mahnung unter Abwesenden brieflich geschehen, durch Vorlage des auf dieselbe erfolgten schriftlichen Zahlungsversprechens wahrscheinlich gemacht werden. Da aber auch das Letztere nachgemacht sein könnte, sind in diesem Fall noch die Briefträger zeugschaftlich zu vernehmen.[3])

Doch auch der Beweis der Aechtheit der Schuldurkunde genügt noch nicht, um das Vorhandensein des erbschaftlichen debitum zu constatiren: es muß noch die materielle causa de-

---

[1]) Vgl. C. 6 i. f. C. Th. de denunciat. (2. 4).

[2]) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 268.

[3]) Vgl. die späteren Justinianischen Bestimmungen in C. 20 I. C. de fide instrumentor. (4. 21). Nou. 49 c. 2. Nou. 73 c. 7.

99. bendi[1]) und die erfolgte numeratio pecuniae nachgewiesen werden (natürlich bloß wenn sie geläugnet ist).[2]) Ueberall aber, wo auf diese Weise ein debitum ex chirographo mortui innerhalb der gesetzlichen Zeit eingeklagt wird, soll der Beklagte vor vollendetem Aechtheitsbeweis der Urkunde nicht gehalten sein, das Streitobject *resp.* die Streitsumme zu sequestriren. Ob eine solche Sequestration nach vollendetem Aechtheitsbeweis, wenn es sich nur noch um den Beweis der causa debendi und der numeratio handelte, geschehen mußte, mag dahingestellt bleiben; mir aber scheint es, als ob der Kaiser, welcher offenbar Dreierlei von dem Kläger verlangt: 1. den Aechtheitsbeweis der Urkunde, 2. Nachweis der causa, 3. Nachweis der numeratio, durch die Worte „hic tamen si intra tempora constituta processerit, absque ullo sequestrationis obiectu prius manum defuncti probare iubeatur" gerade sagen wolle: „Erst soll der Aechtheitsbeweis geführt werden, so lange mag die Sequestration ausgesetzt bleiben, nach geführtem Aechtheitsbeweis aber muß sie erfolgen." Hätte der Kaiser die Sequestration überhaupt ausschließen wollen, so würde er sich gewiß anders ausgedrückt und ähnlich wie weiter unten in § 3 i. f. gesagt haben: „Hic tamen absque ullo sequestrationis obiectu prius debitum probare iubeatur." Durch meine Annahme erhalten die übrigen Ausführungen einen besonderen Sinn, indem nach einigen Erörterungen über den Aechtheitsbeweis („quam tamen adstrui . . . uel sacramento dignitas uel suppliciis terror exploret") fortgefahren wird: „quamuis ad illuminandam hereditarii debiti fidem et causas oporteat foeneris approbari" *etc.*, was, mit den Worten „Hic tamen probare iubeatur" zusammengezogen, gewiß nichts Anderes sagen soll, als: „Der Aechtheitsbeweis muß vor der Sequestration geführt werden, obwohl damit

---

[1]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin 1827. S. 289 und 290.

[2]) Ein deutlicher Beweis, wie die Idee einer mit dem chirographum verknüpften literarum obligatio dem Kaiser Honorius sehr ferne lag. Dieß gegen O. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Kassel 1855. S. 128 ff., namentlich S. 135, 136.

der Prozeß noch lange nicht zu Ende ist, indem darin auch noch 99. die causa und die numeratio zu beweisen sind." Wollte man die Worte „quamuis ad illuminandam“ *etc.* nur auf den letzten Satz: „ac ne id ipsum ... terror exploret“ beziehen, so wären sie als zufälliger, ziemlich unnützer Anhang zu betrachten, während sie nach meiner Auffassung als notwendig sich darstellen und der Constitution erst einen rechten Zusammenhang geben.

Mir scheint es, als ob zu Honorius Zeiten Sequestrationen des Streitobjects bezüglich der Streitsumme bei Klagen aus Schuldverschreibungen gewöhnlich gewesen seien und als ob nun der Kaiser ausdrücklich gerade für den Fall einer Klage ex chirographo mortui die schon beschriebene Ausnahme machen wolle. Wären nicht solche Sequestrationen allgemein angewendet worden, so hätte das ausdrückliche Verbot derselben für einen einzelnen Fall keinen Sinn. Die Worte „absque ullo sequestrationis obiectu“ zeigen, daß der Kläger eine förmliche dilatorische Einrede wegen nicht erfolgter Sequestration vorschützen konnte (ähnlich unserer dilatorischen Einrede wegen mangelnden Vorstands der Prozeßkosten oder wegen nicht bestellter cautio de reconuentione). Damit stimmen auch die Worte der C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28): „sequestrationis necessitas conquiescat.“ Doch darauf werden wir unten zurückkommen. Schreiten wir weiter in Betrachtung unserer C. 1 si certum petatur de chirogr. (2. 27).

§ 100.

II. Wenn ein Lebender aus seiner eigenen Schuldverschreibung belangt wird, so soll unterschieden werden zwischen den Schuldverschreibungen, welche vor Erlaß des gegenwärtigen Gesetzes ausgestellt wurden, und denen, welche in die Zukunft fallen.

1. Wenn die Schuldverschreibung vor dem gegenwärtigen Gesetz ausgestellt ist und

a. der Schuldner die Aechtheit läugnet, soll

α. wenn inter praesentes noch nicht zwanzig, inter absentes noch nicht dreißig Jahre verflossen, von dem Beklagten die Streit-

100. summe sequestrirt werden, da er indirect die Behauptung der Fälschung der Urkunde ausgesprochen hat. Es ist kein Zweifel, daß dem die Aechtheit einer Urkunde läugnenden Aussteller gegenüber dem Producenten der Aechtheitsbeweis oblag.[1]) Es können daher die Worte „litigaturus ex falso“ nicht etwa so gedeutet werden, als ob der Product, welcher die Aechtheit der Urkunde in Abrede stellt, den Beweis der Fälschung habe führen müssen. Vielmehr sind diese Worte lediglich auf das Läugnen und die im Läugnen liegende Behauptung der Fälschung zu beziehen. Da diese immer etwas nicht gerade Wahrscheinliches enthält — indem sie der Präsumtion „quilibet praesumitur bonus“ entgegensteht —, existirt gegen die Fälschung der Urkunde eine gewisse Vermutung, welche — obwohl sie nicht stark genug ist, um die Beweislast zu ändern — doch dazu führt, daß dem Beklagten die Sequestration des Streitobjects aufgegeben wird.[2])

Wenn aber

β. die oben angegebene Zeit vergangen ist, ohne daß die Sache gerichtlich anhängig gemacht worden, soll der Kläger seine Forderung beweisen[3]) und dann Zahlung verlangen; eine Sequestration nicht stattfinden. Der Beweis der Forderung enthält offenbar die zwei Momente: Aechtheitsbeweis der Urkunde und Nachweis der causa, während der Beweis der numeratio, da die exceptio non numeratae pecuniae nicht mehr zulässig, hinwegfällt. Mit Berücksichtigung der so langen verflossenen Zeit ist die Sequestration überhaupt ausgeschlossen, während sie oben doch nur während des Aechtheitsbeweises erlassen war.

---

[1]) Vgl. VALENTINIAN C. 2. C. Th. de testament. (4. 4) und die damit übereinstimmende C. 24 C. I. ad L. Cornel. de fals. (9. 22). S. auch Nou. 18 c. 8: *„Εἰ γὰρ προφέροιτο τινὸς συγγραφή, ὁ δὲ αὐτὴν ἐξαρνοῖτο καὶ ταῦτα γράμματα ἔχουσαν αὐτοῦ, ὡς ἀναγκασθῆναι τὸν διώκοντα πράγματα ὑπομεῖναι περὶ τὴν σύστασιν αὐτῆς —.“*

[2]) Uebrigens wird nach geführtem Aechtheitsbeweis der Gegenbeweis sich immer vorzugsweise auf Fälschung der Urkunde richten. C. 24 C. I. cit. und CC. 3. 21 C. I. de fide instrum. (4. 21).

[3]) Bemerkenswert deshalb, weil daraus ersichtlich, daß vor der Verordnung des THEODOSIUS II. vom Jahr 424 für Klagen aus dergleichen Forderungen noch keine Verjährung bestand.

b. Wenn der Schuldner nicht die Aechtheit läugnet, wohl aber die exceptio non numeratae pecuniae vorschützt, ist entweder 100.

α. die Zeit, in welcher die exceptio non numeratae pecuniae zulässig, also nach dem damals geltenden Recht fünf Jahre[1]), noch nicht verflossen: dann wird die exceptio zulässig sein und der Kläger die numeratio zu beweisen haben; oder

β. jene Zeit ist schon verflossen, dann ist die exceptio nicht anwendbar und dem Schuldner bleibt als einziger Weg der Vertheidigung das Abläugnen der causa.

In beiden Fällen ist — obwohl die Constitution darüber nichts Besonderes bestimmt — anzunehmen, daß Sequestration der Streitsumme stattfinde, denn die Präsumtion streitet gegen den, welcher seine Handschrift anerkennt und nur die Zahlung verneint, doch wohl eben so stark, wie gegen den, welcher die ganze Schuldverschreibung abläugnet: gegen ihn greift der Grund Platz: „Cauendum est . . . ne inficiandi fomitem ministremus obnoxiis."

2. Im Uebrigen wird verordnet, daß von nun an jede Schuldurkunde nach Ablauf von zwölf Jahren novirt, d. h. in eine neue Urkunde umgeschrieben, und uim contestationis empfangen, d. h. durch eine vor Zeugen geschehene Erklärung[2]) anerkannt werden solle.[3]) An eine eigentliche Novation des Debitum durch Stipulation und die Aufnahme einer cautio über diesen Act zu denken, gestatten die Worte: „quam debitor facta nouatione promittat" nicht: das „quam . . . promittat" ist auf uim contesta-

---

[1]) C. un. C. Hermogen. de cauta et non numerata pecunia [I], wo der Westgothische Interpret unsere C. 1 C. Th. si certum petatur de chirogr. (2. 27) anzieht. Vgl. C. 14 C. I. de non numerata pecunia (4. 30). Tit. I. de literar. obligatt. (2. 21). § 2 I. de exceptionib. (4. 13).

[2]) Dirksen Manuale u. contestatio § 1.

[3]) Vgl. Iacob. Gothofredus ad h. l. Der Westgothische Interpret sagt: „Nam de reliquo inter uiuorum personas haec obseruanda decernimus, ut omnes cautiones debitorum intra XII annos debeant contestari: ita ut a debitoribus renouentur. Vgl. auch C. 6 C. Th. de testam. (4. 4), wo Honorius in ähnlicher Weise verordnet, daß jedes Testament nach Ablauf von zehn Jahren erneuert werden müsse — „praesertim cum, si uoluntas continuata persliterit, breuis mora sit, recentibus uetustatem innouare temporibus" — oder, falls dieß nicht geschehe, seine Kraft verliere.

100. tionis zu beziehen und bezeichnet das einfache Versprechen, die neue Urkunde anerkennen zu wollen.

Besondere Bestimmungen werden getroffen für den Fall, daß der Schuldner sich auf längere Zeit entfernt, um der Erneuerung und Anerkennung der Schuldurkunde aus dem Weg zu gehen. Da soll der Gläubiger vom Richter noch vor Ablauf der zwölf Jahre ein Edict erwirken (jedenfalls eine Citation des Abwesenden), dasselbe an die Thüre des Schuldners affigiren[1]) und außerdem noch die Leute des Abwesenden angehen. Dadurch erreicht der Gläubiger entweder, daß der Schuldner erscheint und die Erneuerung der Schuldurkunde vornimmt, oder aber, wenn derselbe nicht erscheint, daß der Ablauf der zwölf Jahre ohne Erneuerung des Instruments ihm nicht schadet. Wir können hieraus entnehmen, daß, sobald inter praesentes die nouatio innerhalb der zwölf Jahre unterlassen wird, dieß dem Gläubiger Nachtheil bringt. Welcher Nachtheil dieß sei, wird in der Verordnung nicht gesagt: entweder verliert der Creditor seine Klage, indem derselben, wie Jac. Gothofredus annimmt, nun eine praescriptio temporis entgegensteht, oder es wird bloß die Beweiskraft seiner Urkunde geschwächt und er kann die Forderung noch einklagen, wenn er sie nur durch andere Beweismittel darzuthun oder vielmehr zu unterstützen vermag. Für den Verlust der Klage spricht die Analogie der Bestimmung im Pr. unserer Constitution. Betrachten wir aber den Zusammenhang der Verordnung, so sehen wir, daß die Vorschriften rücksichtlich der Schuldverschreibungen Lebender überall für den Gläubiger viel günstiger sind als diejenigen rücksichtlich der Schuldverschreibungen Verstorbener. Was die Letzteren anbetrifft, so ist eine gewisse Strenge ganz am Platze, einestheils wegen der größeren Gefahr der Fälschung, anderntheils deshalb, weil dem Erben des Schuldners weniger Vertheidigungsmittel zu Gebote stehen als dem Schuldner selbst. Nun wäre aber, wenn man annimmt, der Kaiser wolle eine zwölfjährige Klagenverjährung einführen, der Fall denkbar, daß die Stellung des Gläubigers dem noch lebenden Schuldner gegenüber eine viel

[1]) Ueber dergleichen Edicte vgl. Cuiacius Obseruatt. VII. 15.

schlimmere würde, als im Fall des Tods des Schuldners. Da 100.
nämlich die Bestimmungen über die Schuldverschreibungen Verstorbener auch für die nach Erlaß des Gesetzes erst ausgestellten Urkunden gelten, konnte es einmal kommen, daß der Schuldner im elften Jahr verstarb, dann hätte der Gläubiger immer noch zwei, resp. fünf Jahre, also im Ganzen dreizehn, resp. sechzehn Jahre gehabt, innerhalb deren er seine Klage, obgleich keine nouatio geschehen, anzustellen befugt war, während, sobald der Schuldner am Leben blieb, immer schon nach zwölf Jahren die Klage verloren ging. Dieß wäre widersinnig und kann von dem Kaiser nicht beabsichtigt sein. Hätte er wirklich eine zwölfjährige Klagenverjährung gewollt, so würde er das wohl deutlich ausgesprochen und es nicht dem Leser überlassen haben, seinen Willen zu vermuten. Auch kann ich mir nicht denken, daß Honorius die nach seinem Gesetz ausgestellten Urkunden so ganz unter anderes Recht stellen, so ganz anders behandelt wissen wolle, als die vorher verabfaßten, besonders da er rücksichtlich der Ersteren gerade so gut wie rücksichtlich der Letzteren sorgen muß: „ne inficiandi fomitem ministret obnoxiis.“ Aus diesen Gründen halte ich die Ansicht von einer durch den Kaiser eingeführten zwölfjährigen Klagenverjährung für unbegründet und sehe mich genötigt, nach einem anderen Sinn zu suchen, welcher den Bestimmungen des Edicts unterzulegen sein möchte.

Die Vorschriften, welche mit „De cetero uero sancimus, ut omnes deinceps cautiones“ *etc.* beginnen, beziehen sich allerdings nur auf Urkunden, die in Zukunft („omnes deinceps cautiones“) verabfaßt werden. Aber diese Bestimmungen geben lediglich Regeln über die Zeit, innerhalb deren eine Urkunde jene oben geschilderte Vermutung der Aechtheit für sich haben und deshalb die Sequestration der Streitsumme nach sich ziehen soll. Für Urkunden, welche vor dem Gesetz ausgestellt sind, streitet die Präsumtion zwanzig resp. dreißig Jahre, die erwähnte eigenthümliche prozessualische Maasregel veranlassend; nach dieser Zeit verlieren sie ihre Beweiskraft und der Gläubiger muß auf anderem Wege die Existenz seiner Forderung darthun. Von jetzt an aber sollen alle Urkunden noch vor Ablauf des zwölften Jahrs novirt werden, d. h. an die Stelle

100. der zwanzig- resp. dreißigjährigen Frist ist eine zwölfjährige gesetzt worden: innerhalb der ersten zwölf Jahre hat die Urkunde jene Vermutung der Aechtheit für sich und wenn der Beklagte die Letztere läugnet, so tritt wie oben die prozessualische Vorschrift ein: „sequestret pecuniam litigaturus ex falso.“ Nach Ablauf der zwölf Jahre aber wird ebenso wie oben die Regel angewendet, daß der Gläubiger dem läugnenden Aussteller gegenüber seine Forderung beweisen müsse, „sequestrationis necessitate summota.“ Doch ist dem Creditor ein Mittel, seiner Urkunde noch länger ihre ursprüngliche Kraft zu sichern, dadurch gegeben, daß er vor Ablauf des zwölften Jahrs die nouatio und contestatio vornimmt, wodurch gleichsam die beweisende Kraft der Urkunde perpetuirt wird, abgesehen davon, daß es nun auch viel leichter wird, den Aechtheitsbeweis zu führen. Daß es nicht notwendig war, bei diesen Vorschriften die Regeln über die exceptio non numeratae pecuniae zu wiederholen, versteht sich von selbst, da nach wie vor in dieser Beziehung dasselbe Recht galt. Aber auch keine verschiedenen Zeiträume für absentes und praesentes brauchten aufgestellt zu werden, da der Gläubiger auch in Abwesenheit des Debitor die Wirkungen der Contestation und Novation der Urkunde sichern und so für die Zukunft sich festsetzen konnte.

Das Resultat unserer Untersuchung ist, daß auch noch nach dem Recht unserer Constitution bei Klagen aus Schuldverschreibungen eine Sequestration des Streitobjects bezüglich der streitigen Summe gar nicht selten eintrat. Und doch schließt die Verordnung mit offenbar reformatorischem Bestreben für mehrere Fälle diese Sequestration ausdrücklich aus. Dieß ist ein Zeichen, daß vor Erlaß unseres Edicts jene Sequestration noch häufiger war und wohl in allen Fällen stattfand, wo unter sofortiger Production einer Schuldurkunde die Klage erhoben wurde.

§ 101.

Ein Zeugniß für die häufige Anwendung von diesen und ähnlichen Sequestrationen zur Zeit des Kaiser Honorius giebt auch die ein Jahr später erlassene

C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28):
Impp. HONORIUS et THEODOSIUS AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:* Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat: oportet enim debitorem primo conuinci et sic solutioni succumbere. Quam rem cum iuris ratio, tum ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum afferat debitoremque conuincat pecuniam petiturus *etc.* Dat. V Id. Iul. Rauenna, Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. un. C. I. de prohibita sequestratione pec. (4. 4):
Impp. HONORIUS et THEODOSIUS AA. Ioanni Pf. P. Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo conuinci et sic ad solutionem pulsari. Quam rem non tantum iuris ratio, sed et ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum afferat debitoremque conuincat pecuniam petiturus. Dat. VI (?) Id. Iul. Rauenna, Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

Dieser prohibirenden Bestimmung hätte es gewiß nicht bedurft, wenn nicht die Anwendung der Sequestration bis zum Mißbrauch häufig geworden wäre. Zunächst ist zu bemerken, daß unsere Verordnung nur ein Theil einer größeren Constitution des Kaiser Honorius ist, welche darauf geht, der zu großen Strenge, dem rücksichtslosen Andringen und der Unbilligkeit der Gläubiger Einhalt zu thun. Andere in den Cod. Theodos. aufgenommene Stücke dieser größeren Constitution sind:

C. un. de actionib. ad potentes translatis (2. 13)[1]:
Impp. HONOR. et THEODOS. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:* Si cuiuscunque modi cautiones ad potentum fuerint delatae personas, debiti creditores iactura mulctentur. Aperta enim credentium uidetur esse uoracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores *etc.* Dat. V Id. Iul. Rauenna, DD. NN. Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. 2 de pignoribus (2. 30)[2]:
Impp. HONORIUS et THEODOS. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:*

[1]) Vgl. C. 2 C. I. ne liceat potentiorib. (2. 14).
[2]) Vgl. zum Theil C. 17 C. I. de agricol. (11. 47).

100. Nexum non faciat praediorum, nisi persona, quae iure potuit obligari. Per seruum autem uel procuratorem, colonum uel actorem seu conductorem praeiudicium possessioni inuito uel inscio domino imponi non posse et iuris et legum auctoritatibus decantatur *etc.* Dat. V Id. Iul. Rauenna, Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. un. C. Th. quod iussu (2. 31)[1]:
Impp. Honorius et Theodos. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:* Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur Qvod ivssv, si certam numerari praeceperint seruo actoriue pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui seruo, colono, conductori, procuratori actoriue possessionis pecuniam commodat, sciat, dominos possessionum cultoresue terrarum obligari non posse. Neque familiares epistulas, quibus homines plerumque commendantur absentium, in id trahere conuenit, ut pecuniam quoque, quam non rogatus fuerat impendisse se pro praediis mentiatur: cum, nisi specialiter, ut pecuniam commodet, a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit; creditaque quantitate mulctari uolumus creditores, si huiusmodi personis non iubente domino, nec fideiussoribus specialiter acceptis fuerit commodata pecunia. Dat. V Id. Iul. Rauenna, Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. un. C. Th. de peculio (2. 32)[2]:
Impp. Honorius et Theodos. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:* Hoc quoque creditoribus non negamus, ut, si liber a rationibus fuerit, quas regebat, inuentus actor, seruus procuratorue praediorum, utilis actio pateat de peculio *etc.* Dat. V Id. Iul. Rauenna, Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. ult. C. Th. de exsecutoribus (8. 8)[3]:
Impp. Honorius et Theodos. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:* Nullam possessionem alterius pro alienis debitis, publicis siue

---

[1]) Vgl. C. 13 C. I. quod cum eo, qui (4. 26).
[2]) Vgl. die in der vorigen Note citirte C. des Cod. Iustin.
[3]) Vgl. C. 4 C. I. de exsecutoribus (12. 61).

priuatis, praecipimus conueniri *etc.* Dat. V Id. Iul. Rauenna, 101. Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

Ueberall zeigt sich das Streben, den Schuldner gegen die uoracitas creditorum — wie sich der Kaiser selbst ausdrückt — zu schützen. Besonders aber wird in unserer C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) dem Anbringen der klagenden Contractsgläubiger auf sofortige Sequestration des Streitobjects Einhalt gethan und angeordnet, daß ohne solche Sequestration der Prozeß durchgeführt werden und Zahlung erst erfolgen solle, wenn der Gläubiger seinen Beweis erbracht und dadurch ein für sich günstiges Erkenntniß erwirkt habe. Zwei Fragen nun sind es, durch deren Beantwortung das Verständniß der Constitution bedingt wird: 1. Will der Kaiser bloß bei Klagen aus Geldforderungen die Sequestration der geschuldeten Streitsumme ausschließen, oder soll auch, wenn das Streitobject ein anderes ist, die Sequestration desselben bei Contractsklagen entfernt werden? 2) In welchem Verhältniß steht unsere Constitution zu der oben erklärten C. un. C. Th. si certum petatur de chirogr. (2. 27)?

§ 102.

Ad 1. Diese Frage ist sehr streitig. Schon Accursius[1]) erklärt sich für die weitere Bedeutung von pecunia, ebenso viele französische Juristen, unter Anderen Jo. Corasius[2]), Duarenus[3]) und Jac. Gothofredus.[4]) Man beruft sich für diese

---

[1]) Gl. *Pecunia*] in C. un. C. de prohib. sequestrat. pec. (4. 4): „*Pecunia*] Large accipe: ut ff. de uerbor. sign. l. pecuniae uerb. et T. de constitu. pec. l. II.“

[2]) Miscell. III. 2.

[3]) In tit. IIII lib. IIII C. I. (Opp. ed. Francof. a. 1598 p. 895ᵇ und 896ᵃ: „Pecuniam autem hic late accipere debemus pro omni re, quae est in nostro patrimonio.“

[4]) Comm. in C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28). Gothofredus will die Constitution auf Quantitäten und alle res mobiles bezogen wissen. Zwar spreche dafür, daß die Constitution nur auf Summen und Quantitäten von res fungibiles gehe, 1. der Zusammenhang derselben mit C. un. C. Th. si certum petatur (2. 27); 2. der Umstand, daß in allen bekannten Stücken der großen Constitution von Honorius, von welcher

102. Ansicht auf die bekannten Stellen: Fr. 178 pr. de V. S. (50. 16) und C. 2 C. I. de const. pec. (4. 18). Andere dagegen, wie Cuiacius[1]), verstehen unter pecunia nur jede Quantität fungibler Sachen, und Einige, z. B. Robertus[2]), bloß Geld. Wenn auch zugegeben werden muß, daß pecunia überhaupt Alles, was Gegenstand eines Vermögens ist, bezeichnen kann, so braucht man das Wort doch nie von einzelnen nichtfungiblen Sachen, wenn dieselben nicht gerade als Theil eines Vermögens rücksichtlich ihres Geldwerts in Betracht kommen und auf Letzteren ausdrücklich hingewiesen werden soll.[3]) Dieß ist aber in unserer Constitution nicht der Fall. Vielmehr scheinen die Worte „pecuniam petiturus" recht mit Absicht gewählt und mit Nachdruck gesetzt zu sein. Es liegt auch bloß dann in der Sequestration eine unerträgliche Härte, wenn durch sie dem Beklagten Geld oder Sachen entzogen werden, durch deren Umsatz oder Gebrauch er während der Dauer des Prozesses sich Vortheil verschaffen konnte, während es doch ganz einleuchtend ist, daß es dem Kläger nicht gerade auf die sequestrirte Species ankomme, sondern daß derselbe nur eine gleiche Quantität desselben Genus verlange. Läßt sich dagegen für die Sequestration der Grund geltend machen, daß dem Kläger gerade diese individuell bestimmte Sache gesichert werden müsse, so verliert dieselbe das Gehässige, ja es sind Fälle denkbar, wo sie als das einzige wirksame Sicherungsmittel für die Rechte des Klägers erscheint. Ich entscheide mich daher gegen die Annahme, daß der Kaiser pecunia in dem weitesten Sinn gebraucht habe; doch halte ich auch nicht dafür, daß das Wort in der eng-

die unserige ein Theil ist, bloß von Gläubigern einer Summe oder Quantität gesprochen werde; 3. endlich die Worte „oportet enim debitorem primo conuinci et sic solutioni succumbere", indem dieselben offenbar auf eine solutio pecuniae hinzeigten; nichtsdestoweniger aber sei die Constitution auch auf Prozesse über Contractsforderungen, deren Object eine nichtfungible res mobilis, analog auszudehnen, und zwar wegen Gleichheit der ratio. Daß aber eine solche vorhanden, glaube ich auf das Bestimmteste verneinen zu müssen.

[1]) Paratitla in libr. IIII tit. IIII Cod. Iust.

[2]) Sentent. iur. I c. 5.

[3]) Vgl. PAULLUS Fr. 5 de V. S. (50. 16).

sten Bedeutung „gemünztes Geld" stehe. Vielmehr scheint es mir 102. richtig, anzunehmen, pecunia bezeichne alle Sachen, „quae pondere numero mensura constitutae sunt", indem, wie Justinian sagt[1]), der Ausdruck schon in den antiqui libri prudentium häufig so vorkommt. Diese Auffassung wird uns auch die Vereinigung unserer Constitution mit der oben erklärten C. un. si certum petatur de chirogr. (2. 27) ermöglichen.

§ 103.

Ad 2. Durch die zuletzt erwähnte Verordnung war, wie wir oben gesehen, der Sequestration selbst bei Klagen aus Schuldurkunden noch ein weiter Spielraum gelassen. Es ist nun nach dem Vorhergehenden nicht zweifelhaft, daß die C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) nicht bestimmt war, das durch jene C. un. si certum petatur de chirogr. (2. 27) in Bezug auf die Sequestration eingeführte Recht gänzlich aufzuheben. Da das Verbot der Sequestration in der C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) sich bloß auf Klagen aus Contracten, deren Objecte Summen oder Quantitäten waren, bezog, so mußte die Sequestration wenigstens überall da bleiben, wo aus einem Schuldschein auf eine individuell bestimmte Sache geklagt, also z. B. wenn die actio commodati angestellt und durch einen sofort producirten Schuldschein unterstützt wurde. Schuldscheine werden aber selten über res non fungibiles, häufiger über Quantitäten und Summen ausgestellt. Deshalb ist es eine Frage von Wichtigkeit, ob nicht auch die Sequestration von Summen und Quantitäten bei Klagen aus Schuldscheinen trotz der C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) fortbestand? Wir werden in dieser Beziehung das Verhältniß, in welchem die beiden Verordnungen im Codex Theodosianus zu einander stehen, als maßgebend betrachten dürfen, denn sie sind so kurz vor Verabfassung des Codex erlassen, daß gewiß ihre ursprüngliche Beziehung zu einander, namentlich aber die Auffassung der Praxis den Compilatoren des Theodosianischen Codex noch ganz frisch vor Augen stand. Der kaiserliche

[1]) C. 2 § 1 C. I. de constituta pecunia (4. 18).

103. Erlaß vom Jahr 429 n. Chr., durch welche Theodosius II. die Verabfassung des Codex anordnete[1]), bestimmte, daß überhaupt nur noch geltende Constitutionen aufgenommen werden sollten:

— Sed cum simplicius iustiusque sit, praetermissis eis (*constitutionibus*), quas posteriores infirmant, explicari solas, quas ualere conueniet —,

doch ist mit Rücksicht auf diejenigen, deren Geltung im Allgemeinen wohl feststand, bei denen aber eine uarietas lectionum Controversen veranlassen könnte, befohlen, es solle bei den einzelnen Constitutionen das Datum bemerkt und in den Titeln die Zeitfolge beobachtet werden, damit sich daraus ergebe, welches Gesetz als das jüngere vorzuziehen sei:

— dein, quod in utramque dici partem faciet uarietas lectionum, probetur ordine, non solum reputatis consulibus et tempore quaesito imperii, sed ipsius etiam compositione operis, ualidiora esse, quae sunt posteriora, monstrante.[2])

Diese Bestimmung blieb in der Verordnung vom Jahr 435, welche von Neuem befahl, den Codex in Angriff zu nehmen.[3])

---

[1]) C. 5 C. Th. de constitutionib. (I. 1).

[2]) Puchta, Institutionen Bd. 1 § 36 (4. Ausg. S. 668) versteht dieß so: „Die durch spätere Gesetze abgeänderten (Gesetze) sind nicht gerade zu übergehen, dagegen soll das Datum bei jedem sorgfältig bemerkt, und in den Titeln die Zeitfolge beobachtet werden, damit sich daraus ergebe, welches Gesetz im Collisionsfall vorzuziehen sei." Allein die Worte „quod in utramque dici partem faciet uarietas lectionum" können nicht auf Fälle bezogen werden, wo eine Anordnung des früheren Gesetzes durch eine solche des späteren evident aufgehoben ist, sondern bloß auf Bestimmungen, welche in mehreren Constitutionen wiederholt sind, rücksichtlich deren aber die Verschiedenheit der Worte, die gelesen werden (über uarietas lectionum vgl. Dirksen Manuale u. lectio § 2), Controversen herbeiführen könnte. Nur bei diesen — also gerade nur bei Gesetzen, bei denen es zweifelhaft ist, ob durch das eine das andere aufzuheben beabsichtigt sei — soll immer die Lesart des jüngeren Gesetzes den Vorzug haben. Es ist dabei gewiß der Wille des Kaisers, daß auch einzelne durch spätere Gesetze aufgehobene Punkte solcher Gesetze, die im Allgemeinen noch gelten, von den Compilatoren wegzulassen seien.

[3]) C. 6 C. Th. eod. Puchta a. a. O. irrt, wenn er sagt, es seien durch die Verordnung v. J. 435 nur die Vorschriften der Verordnung v. J. 429 wiederholt. Es ist jene Constitution viel besser redigirt, als die zuletzt ge-

Aber jetzt ist die Einreihung der Constitutionen in den Titel 103.
nach ihrem Alter nicht deshalb anbefohlen, damit aus der Anordnung die Geltung erkannt werde, sondern einfach damit man aus derselben die Zeitfolge ersehe.

Omnes edictales generalesque constitutiones — — indicibus rerum titulis distinguantur; ita ut non solum consulum dierumque supputatione, sed etiam ordine compositionis apparere possint nouissimae.

Es ist das

— ipsius — compositione operis, ualidiora esse, quae sunt posteriora, monstrante —

recht geflissentlich weggelassen, denn es hat jetzt der Gesetzgeber (gerade so wie später Justinian) die Absicht, ein Werk ohne Fehl und Tadel, in welchem Widersprüche sich überhaupt nicht finden, herzustellen.[1]) Ausdrücklich wird von dem Recht des Coder gesagt:

Quod ut, breuitate constrictum, claritate luceat, aggressuris hoc opus et demendi superuacanea uerba, et adiiciendi necessaria, et mutandi ambigua, et emendandi incongrua tribuimus potestatem.

Zweifelhaftes, d. i. dasjenige, was Controversen hervorrufen könnte, soll verändert, Unpassendes, d. h. nicht Harmonirendes[2]) soll verbessert werden. Darin liegt offenbar die Vorschrift, daß

---

nannte; auch finden sich in Ersterer wesentlich neue Bestimmungen und überhaupt enthält sie einen „ausschließlich auf die Praxis berechneten Plan.“ Böcking, Pandekten-Institutionen 1. Bd. § 20 (S. 53).

[1]) Man könnte fragen: Wozu die Einreihung der Constitutionen in die Titel nach der Zeitfolge überhaupt, wenn dadurch nicht das Verhältniß derselben zu einander rücksichtlich der Kraft und Geltung angezeigt werden soll? Darauf antworte ich: Auch Justinian ordnet an, daß die Constitutionen nach ihrem Alter in die Titel eingereiht werden sollen, trotzdem daß er alle Widersprüche zu tilgen befiehlt. C. Haec quae necessario De nouo Codice faciendo ad Senatum urbis Constantinopolitanae § 2.

[2]) Incongrua ist so viel als incongrua inter se, wie z. B. vorkommt incongruae inter se positiones. Vgl. Forcellini s. u. incongruus. Der Kaiser versteht unter incongrua gewiß nicht verwerfliche oder alberne Bestimmungen. Diese kann er seinen Vorfahren nicht zutrauen.

103. die Compilatoren Widersprüche ausmerzen und Alles in Einklang miteinander bringen sollen. Verbinden wir daher die Vorschriften der CC. 5 und 6 C. Th. de constitutionibus (1. 1) miteinander, so ist bestimmt, daß veraltete, nicht mehr geltende Gesetze überhaupt nicht, neuere im Allgemeinen geltende, im Einzelnen aber sich widersprechende Verordnungen nur nach Entfernung der Widersprüche aufgenommen werden sollen.

Wenn nun in C. un. § 3 si certum petatur (2. 27) geradezu gesagt ist, der aus einer von ihm selbst ausgestellten Schuldverschreibung Belangte müsse unter gewissen Umständen die geschuldete Summe sequestriren, und in der C. un. des folgenden Titels überhaupt die Sequestration von Summen oder Quantitäten bei Contractsklagen verboten wird; sollen wir da glauben, die Compilatoren des Cod. Theodosianus hätten aus Nachlässigkeit die ihnen anbefohlene Entfernung der Widersprüche vergessen und hier einen recht evidenten Widerspruch stehen lassen, oder aber sollen wir annehmen, man habe absichtlich die beiden Constitutionen in der Gestalt gelassen, in der wir sie finden? Ich halte das Letztere für geratener, besonders da die Bestimmungen jener Constitutionen sich recht gut miteinander vertragen und ohne Gewalt ausgleichen lassen. Die C. un. si certum petatur (2. 27) erkennt in gewissen Fällen, aus besonderen Gründen die Sequestration einer Summe, Quantität oder sonstigen Sache als notwendig an, die C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) dagegen verbietet im Allgemeinen die Sequestration von Summen und Quantitäten bei Contractsklagen. Beide Constitutionen stehen nebeneinander: da ist es das Natürlichste, den letzteren Satz als Regel, den ersteren als Ausnahme aufzufassen. Die Sequestration einer Summe oder Quantität ist bei Contractsklagen im Allgemeinen untersagt, bei Klagen aus Schuldurkunden aber unter gewissen Umständen, die eine Art von Präsumtion gegen den Schuldner erregen, zulässig.

So haben die Compilatoren des Codex Theodos. das Verhältniß der beiden Gesetze zueinander aufgefaßt und gewiß war dieß die allgemeine Auffassung ihrer Zeit und diejenige der Praxis. Dabei war auch kein Irrthum untergelaufen, denn der Kaiser Honorius hatte sicher nicht die Absicht, durch seine Constitution

vom 15. Jul. 422 die Bestimmungen des Edicts vom 27. Jul. 421 aufzuheben oder zu modificiren. Als Grund für die Anordnung der Sequestration in letzterer Verordnung ist angegeben: 103.

Cauendum est, ne inficiandi fomitem ministremus obnoxiis;

bei der Ersteren leuchtet dagegen überall die auch ausgesprochene Absicht durch, der „uoracitas" der Gläubiger einen Damm entgegenzusetzen. Ist es nun wahrscheinlich, daß der Kaiser in einer humanen Anwandlung den bösen Schuldnern die von ihm selbst als nützlich anerkannte Notwendigkeit der Sequestration erlassen habe, lediglich um das Andringen schlimmer Gläubiger minder schmerzlich und empfindlich zu machen? Ich halte es für viel natürlicher, anzunehmen, der Kaiser habe den schlimmen Schuldnern ihre Strafe gelassen (ihnen gegenüber ist ja auch die uoracitas creditorum gerechtfertigt!), und nur ordentliche Debitoren, wider die keine Präsumtion streitet, vor der Habgier der Gläubiger schützen wollen. Mit dieser Ansicht stimmen aber auch die Worte der C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) vollständig überein. Lediglich weil es für recht und billig erachtet wird, daß der Gläubiger seine Beweismittel herbeibringe und erst, nachdem er den Schuldner besiegt hat, Zahlung solle fordern können, ist die sequestratio pecuniae ausgeschlossen. Ueberall also wird nur von einem Gläubiger gesprochen, welcher seine Beweismittel noch nicht herbeigeschafft und noch kein günstiges Urteil für sich erwirkt hat. Wie aber, wenn der Gläubiger sofort seine Beweismittel beibringt und noch dazu Beweismittel, welche eine Art von Vermutung wider den läugnenden Schuldner erregen? Soll da auch der Gläubiger ohne alle Sicherung seines Rechts während eines durch die chikanösen Anstrengungen des Schuldners möglicherweise sich lange hinausziehenden Prozesses bleiben? Für diesen Fall hat die C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) keine Bestimmung, redet sie doch bloß von dem Gläubiger, „qui probationes secum non affert." Natürlich aber ist sie deshalb auch nicht bestimmt, frühere Constitutionen, welche rücksichtlich der Gläubiger, „qui probationes secum afferunt", erlassen sind, aufzuheben.[1])

---

[1]) Die im Text durchgeführte Ansicht spricht auch IACOB. GOTHOFREDUS aus.

§ 104.

104. Wie schon oben angedeutet, sind nun aber unsere beiden Gesetze einschränkender Natur. Es wird die Sequestration für mehrere Fälle untersagt, für einige dagegen erlaubt, und zwar dieß Letztere so, daß es nicht schwer ist, zu erkennen, es solle kein neues Recht eingeführt, sondern das alte, bisher in der Praris angewendete nur bestätigt werden. Daraus läßt sich schließen, daß zur Zeit des Erlasses beider Constitutionen die Sequestration einen sehr ausgedehnten Kreis der Anwendung gehabt habe. Daß sie bei Klagen aus Schuldurkunden wohl überall gebraucht wurde, geht daraus hervor, daß sie für Klagen aus den Urkunden Verstorbener und für andere Fälle ausdrücklich untersagt wird (s. oben); daß sie aber sogar ohne Schuldurkunde bei Klagen aus Verträgen, deren Object eine Summe oder Quantität, zulässig war, ist aus dem in C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2.28) enthaltenen Verbot ersichtlich, ja man kann schließen, daß sie auch noch nach Erlaß dieser Constitution bei Klagen aus Verträgen, deren Object eine individuell bestimmte Sache war, angewendet wurde. Bei Delictsklagen kam (wie oben bemerkt) wohl schon nach klassischem Recht die Sequestration häufig vor, und da jetzt bloß Bestimmungen über die Sequestration bei Contractsklagen getroffen sind, so bestand in jener Beziehung jedenfalls das frühere Recht ungeändert fort.

Wie aber gelangte die Sequestration bei Contractsklagen zu so großer Bedeutung und in wie weit war sie überhaupt bei denselben anwendbar? Konnte vor Erlaß der beiden oft citirten Verordnungen von Honorius jeder Kläger aus seiner Contractsforderung von dem Beklagten — mochte dieser sein wer und wie er wollte — die Sequestration des Streitobjects verlangen? Gewiß nicht. Wir haben bisher die Sequestration immer als Cautionsmittel kennen gelernt. Nun wissen wir aus Gaius[1]), daß in der klassischen Zeit der mit einer actio in per-

Eine neue Untersuchung aber war (abgesehen davon, daß GOTHOFREDUS für seine Ansicht keine Gründe beibringt) deshalb nötig, weil dieser Schriftsteller die CC. 5 und 6 C. Th. de constitutionib. (1. 1) noch nicht kannte.

[1]) IIII. 102.

sonam Belangte regelmäßig keine cautio iudicatum solui zu leisten brauchte, daß aber die Bestellung einer solchen ihm oblag bei gewissen besonders gearteten Klagen, z. B. bei der actio depensi oder der actio de moribus mulieris, und überhaupt wenn er eine persona suspecta war. Möglich, daß noch in der klassischen Zeit in solchen Fällen, namentlich wenn die streitige Sache eine individuell bestimmte war, sobald der Beklagte keine satisdatio leisten konnte, Sequestration des Streitobjects eintrat. Immer aber werden solche Fälle selten gewesen sein, da Cautionsbestellung bei persönlichen Klagen überhaupt nicht allzuhäufig gefordert werden konnte und dann wohl meistens Bürgen gefunden wurden, durch welche man die satisdatio iudicatum solui bestellte.

Ueber den Begriff der Verdächtigkeit bestanden theils besondere Regeln; wie der Satz des Edicts, daß Jeder persona suspecta sein solle, der in den Zustand der Insolvenz geraten ist[1], sowie Derjenige, „cuius ex Edicto Praetoris bona dies XXX possessa sunt"[2]; theils aber entschied der Prätor im einzelnen Fall nach vorgängiger cognitio, ob der Beklagte suspectus sei, d. h. in dem Verdacht der Unredlichkeit stehe[3], und dieß scheint besonders häufig bei dem Erben des ursprünglichen Schuldners vorgekommen zu sein.[4])

Es konnte nun wohl kommen, daß Jemand seine Verdächtigkeit dadurch indicirte, daß er die Entscheidung eines Prozesses hinauszuziehen bestrebt war, während doch der Kläger durch sofort beigebrachte Beweismittel, z. B. durch die Production fehlerfreier Urkunden, seine Forderung liquid zu machen sich bemüht hatte. Es war dann wahrscheinlich, daß der Beklagte nicht zahlen wolle oder könne, und der Prätor[5]) mochte leicht geneigt sein, in solchen

---

[1]) Keller, Röm. Civilprozeß § 56 S. 232 Not. 669 und die dort citirten Stellen.

[2]) Keller Semestria ad M. T. Ciceronem I p. 27. 106. Derselbe, Röm. Civilprozeß § 56 S. 232 Not. 670.

[3]) S. u. Beilage IIII.

[4]) Keller, Röm. Civilprozeß § 56 S. 233 Not. 671 und die dort allegirten Beweisstellen.

[5]) Der Kläger mußte die Urkunden, deren er sich bedienen wollte, schon

104. Fällen, um dem Kläger doch einige Sicherheit zu gewähren, Verdächtigkeit des Schuldners anzunehmen.[1]) Bei wirklicher ökonomischer und sonstiger Verdächtigkeit des Schuldners aber mochte es demselben schwer werden, Bürgen zu finden, und so konnte denn gerade in diesem Fall eine Sequestration häufig vorkommen. Im Laufe der Zeit nun scheint sich die Praxis gebildet zu haben, den die Aechtheit der gegen ihn producirten Urkunde abläugnenden oder sonstwie tergiversirenden Beklagten immer als einen suspectus homo anzusehen und ihn so zur Cautionsbestellung anzuhalten. Da nun bisher schon in den meisten derartigen Fällen anstatt eigentlicher satisdatio Sequestration eingetreten war, fing man zuletzt an, sofort und ohne Weiteres Sequestration anzuordnen.

Auf diese Weise entstand — vermutlich aber erst nach Untergang des ordo iudiciorum priuatorum — die Praxis, daß das Streitobject, bezüglich die streitige Summe immer sequestrirt wurde, wenn der Beklagte die Aechtheit der gegen ihn producirten äußerlich fehlerfreien Urkunden abläugnete, oder wenn er — bei Anerkennung der Aechtheit — die exceptio non numeratae pecuniae vorschützte. Honorius sah sich veranlaßt, durch seine Verordnung v. J. 421 diese Praxis einestheils zu beschränken, anderntheils derselben eine festere gesetzliche Grundlage zu geben. Die Constitution v. J. 422 aber bezieht sich offenbar nur auf solche Fälle, wo überhaupt bei Contractsklagen eine Caution von dem Beklagten gefordert werden konnte, also namentlich auf den Fall, wo der Beklagte als suspecta persona galt. Es mochte auch hier die Praxis herrschend geworden sein, daß man anstatt der satisdatio leicht zur Sequestration schritt, und dieß veranlaßte den Kaiser, wenigstens für Forderungen auf Summen

bei der actionis editio vorzeigen. Zimmern, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 3 § 134 S. 406. ULPIAN Fr. 1 § 3 de edendo (2. 13).

[1]) Daß Derjenige, welcher eine seine Handschrift zeigende und außerdem fehlerfreie Urkunde nicht anerkennen will, oder sonst gegen dieselbe zu operiren bemüht ist, den Verdacht böslichen Läugnens gegen sich erregt, liegt in der Natur der Sache und ist auch im Recht vielfach ausdrücklich anerkannt worden, so z. B. von HONORIUS in der C. un. C. Th. si certum petatur de chirogr. (2. 27) und von IUSTINIAN in Nou. 18 c. 8.

oder Quantitäten die Notwendigkeit der Sequestration auszu- 104.
schließen..

2. Die Sequestration als prozessualisches Cautionsmittel bei der Appellation.

§ 105.

In dem Folgenden muß ich die spätere kaiserliche Gesetzgebung rücksichtlich des Gebrauchs der Sequestration bei der Appellation betrachten. Ich knüpfe dabei an das oben §§ 69 ff. Ausgeführte an und gehe zunächst näher auf eine Constitution der Kaiser Valens, Gratian und Valentinian (II.) ein, welche am 29. Jan. 378 von Trier aus (also wahrscheinlich von Gratian) an Thalassius, Proconsul von Afrika, erlassen wurde. Dieselbe ist uns aufbewahrt in dem Cod. Theodos., sowie in dem Cod. Iustinian., und wir wollen beide Ueberlieferungen hier nebeneinander setzen.

C. 25 C. Th. quorum appellationes non recipiantur (11. 36): Imppp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Thalassium Proconsulem Africae. *Post alia:* Ab exsecutione appellari non posse, satis et iure et constitutionibus cautum est, ita ut appellantem etiam nostris sanctionibus statuta mulcta compescat, nisi forte exsecutor sententiae modum iudicationis excedat. A quo si fuerit appellatum, exsecutione suspensa decernendum putamus, ut, si res mobilis est, ad quam restituendam exsecutoris opera fuerit indulta, appellatione suspecta posses-

C. 5 C. I. quorum appellationes non recipiuntur (7. 65): Imppp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Thalassium Proconsulem Africae. Ab exsecutione appellari non posse, satis et iure et constitutionibus cautum est, nisi forte exsecutor sententiae modum iudicationis excedat. A quo si fuerit appellatum, exsecutione suspensa decernendum putamus, ut, si res mobilis est, ad quam restituendam exsecutoris opera fuerit indulta, appellatione suscepta, possessori res eadem detrahatur et [sequestro] idoneo collocetur, reddenda ei parti, pro

105. sori res eadem detrahatur, et idoneo collocetur, reddenda ei parti, pro qua sacer cognitor iudicauerit. Quodsi de possessione uel fundis exsecutio concessa erit, et eam suspenderit prouocatio, fructus omnes, qui tempore interpositae prouocationis capti uel postea nati erunt, in deposito collocentur, iure fundi uel penes eum, qui appellauerit, constituto. Sciant autem se prouocatores uel ab exsecutione appellantes uel ab articulo, ex his duntaxat causis, ex quibus recipi iussimus prouocationem, si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit, quinquaginta librarum argenti animaduersione mulctandos.

qua sacer cognitor iudicauerit. Quodsi de possessione uel de fundis exsecutio [cessauerit], et eam suspenderit prouocatio, fructus omnes, qui tempore interpositae prouocationis capti uel postea nati erunt, in deposito collocentur, iure fundi penes eum, qui appellauerit, constituto. Sciant autem prouocatores, se uel ab exsecutione appellantes uel ab articulo, si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit, quinquaginta librarum argenti animaduersione mulctandos.

Bethmann-Hollweg[1]) scheint das Verhältniß dieser Constitution zu dem früheren Recht so aufzufassen, als ob das Letztere aufgehoben und an die Stelle desselben etwas Neues gesetzt worden sei. Ich bin entgegengesetzter Ansicht und glaube, daß Gratian durch das Gesetz keineswegs die zu seiner Zeit bestehende Uebung — welche sich auf die Lehre des Paullus (Sentent. rec. V. 33 sqq.) stützte — entfernen, sondern, für einen einzelnen Fall geschärfte Bestimmungen erlassend, weiter ausbauen und feiner entwickeln wollte.[2]) Von einem ausdrücklichen Auf-

[1]) Gerichtsverfassung und Prozeß S. 386.

[2]) Auch durch die Einreihung der Constitution unter die Gesetze des Cod. Theodos. wurde das alte Recht nicht aufgehoben; denn da dasselbe auf das Juristenrecht (Ius) zurückgeführt werden mußte, konnte eine Notiz darüber in den Codex nicht aufgenommen werden. Wohl aber mußte dieß mit unserer

heben des früheren Rechts ist in der Constitution nichts zu fin- 105. den. Das Fortbestehen desselben neben den neuen Anordnungen ist ganz gut möglich und sehr wahrscheinlich.

Es ist ein alter, schon von dem Kaiser Antoninus[1]) an- erkannter, von Paullus[2]) und anderen Pandektenjuristen[3]) aus- gesprochener, durch neuere Constitutionen oft eingeschärfter[4]) Satz, daß „von executivischen Verfügungen, die dem rechtskräftigen Ur- teil nur Folge geben", nicht appellirt werden könne, „es sei denn, daß sie dieß auf beschwerende Weise thäten."[5]) In unserer Con- stitution werden nun für den Fall, daß gegen eine über die con- demnatorische Sentenz hinausgehende und daher gravirende, folg- lich appellable executivische Verfügung appellirt werde, folgende Bestimmungen getroffen:

1. Wenn das Erkenntniß auf Restitution einer res mobilis ging und nunmehr eine executivische Verfügung erlassen ist, gegen welche appellirt wird, soll, sobald die Appellation als zulässig er- kannt, der Besitz der streitigen Sache dem Appellanten entzogen und Letztere bei einem Sequester deponirt werden. 2. Wenn ge- gen die executivische Verfügung auf ein Urteil im Besitzstreit oder auf ein Urteil über die Restitution eines Grundstücks appellirt und diese Appellation für zulässig erkannt worden, sollen sämmt- liche zur Zeit der eingelegten Appellation schon eingeerntete, so- wie erst nach der Appellation zu ziehende Früchte der Sache de- ponirt werden, während das Grundstück selbst noch bei dem Ap- pellanten bleibt.

Daß diese Satzungen von den obigen allgemeinen, welche wir aus Paullus kennen lernten, sehr abweichend sind, wird

---

Verordnung geschehen, welche das frühere Recht zwar nicht aufhob, aber doch modificirte.

1) Vgl. Macer Fr. 4 de appellat. (49. 1).

2) Sent. rec. V. 35 § 2.

3) Macer Fr. 4 pr. cit.

4) CC. 2. 3. 11. 15. 16. C. Th. de app. non rec. (11. 36) vgl. mit C. 25 C. Th. de appell. (11. 30), C. 18 C. Th. quor. app. non rec. (11. 36). Vgl. auch die erst nach unserer Constitution, aber noch von denselben Kaisern er- lassene C. 30 C. Th. eod.

5) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 353.

105. Niemand läugnen. Dort war ein Unterschied gemacht zwischen den fructus naturales oder fructus ciuiles gewährenden und den nicht fruchttragenden Sachen; hier werden bewegliche und unbewegliche Sachen auseinandergehalten. Dort sollten von den fruchttragenden Sachen die fructus medii temporis und ebenso die pensiones uel mercedes uel uecturae *etc.* medii temporis deponirt werden, während rücksichtlich der nichtfruchttragenden oder sich nicht rentirenden Sachen nichts vorgeschrieben ist; hier müssen von Grundstücken und bei Besitzstreitigkeiten von allen fruchttragenden Sachen nicht nur die fructus medii temporis („fructus — — qui postea nati erunt"), sondern auch die „fructus, qui tempore interpositae prouocationis (*iam*) capti (*sunt*)", deponirt, bewegliche Sachen selbst aber — sobald es sich um deren Restitution handelt — sequestrirt werden. So ergiebt sich denn, daß die Bestimmungen der C. 25 weit strenger sind, als diejenigen, welche sich bei Paullus finden. Dieß ist auch ganz natürlich. Die zuletzt erwähnten gelten im Allgemeinen für Appellationen gegen Erkenntnisse jeder Art, die C. 25 aber trifft Anordnungen, wie es gehalten werden soll in Fällen einer wenig begünstigten, nur selten zulässigen Appellation gegen richterliche Aussprüche einer bestimmten Art.

Daraus erhellt, daß neben dem Recht der C. 25 jedenfalls das alte Recht fortbestand. Zu bemerken ist noch rücksichtlich der oben sub 2 angeführten Bestimmungen der C. 25, daß für die Besitzstreitigkeiten über alle fruchttragenden Sachen, also auch über res mobiles, welche Früchte oder regelmäßig wiederkehrende Einkünfte gewähren, wohl deshalb die angegebenen Vorschriften gegeben sind, weil die Execution in Besitzstreitigkeiten meist dann verfügt ist, wenn der Besitz von dem bisherigen Inhaber der Sache auf den Gegner übertragen werden soll, und dann, wenn die Appellation gegen eine diese Execution anordnende Verfügung dieselbe Wirkung hätte, wie die Appellation gegen Verfügungen betreffs der Execution auf Restitution einer res mobilis im Petitorium, dieselbe zum großen Theil ihren Suspensiveffect verlieren würde, da ja der Besitz, gegen dessen Verlust Appellant ankämpft, gerade in Folge der Appellation ihm entzogen würde.

Was die Art der Deposition der Sachen resp. Früchte anbetrifft, so ist jedenfalls Sequestration gemeint, obschon die Ergänzung des „idoneo collocetur“ durch „*sequestro* idoneo collocetur“, wie sie in mehreren HSS. des Codex Iustinian. sich findet, unpassend zu sein scheint. (S. unten § 108.) Die Sequestration trägt aber auch hier den Charakter eines Cautionsmittels, indem offenbar durch dieselbe dem Appellaten, der schon ein Erkenntniß für sich hat, auf welches Execution verfügt ist, Sicherheit gewährt werden soll gegen Ränke und Frustrationen des Appellanten. 105.

§ 106.

Bevor wir darauf übergehen, das Recht des Codex Theodosianus im Zusammenhang zu betrachten, soll hier noch die Erklärung einer Epistel des Symmachus Platz finden, die sich auf die eben besprochene Verordnung bezieht.

Q. Aurel. Symmachus V. C. P. V. et Cos. ord. Epistul. ad diuersos lib. X ep. 53[1]):

In causis appellationum malo ius potestatis infringere[2]), quam interpretationum dubia sustinere: praesertim conscius haud iniquae iudicationis, cui nonnihil honoris eueniet si aeternitatis uestrae oraculo roboretur, D. imperator. Tuli[3]) igitur Constantium Suarium temere prouocantem cum ex rescripto numinis uestri statum, quem Theodosio absenti ademerat, reformassem. Mota enim uestra clementia supplicationibus et[4]) querelis, breui examine iussit inquiri an Theodosio extra con-

---

[1]) In den Ausgaben des Iuretus (1580 und 1604) und des Lectius (1598 und 1601) ist unsere Epistel die 46. des 10. Buchs. Rücksichtlich des Textes stimmen die Ausgaben von Iuretus, von Lectius, von Scioppius (1608) und Pareus mit Ausnahme geringer und unbedeutender Abweichungen wörtlich überein. Ich füge die Abweichungen des auf der Münchener Kgl. Bibliothek befindlichen Codex Tegernseensis (Saec. XII) nach einer von meinem Freund D. Oscar Gerhard in Siegen (von welchem baldigst eine kritische Ausgabe des Symmachus zu erwarten steht) mir mitgetheilten Collation bei.

[2]) *Cod. Tegerns.* instringere.

[3]) *Cod. Tegerns.* roboretur. ddd. imppp. tulli.

[4]) So die Ausgaben und HSS. Im *Cod. Tegerns.* fehlt et.

106. flictum locato, ac deinde ne rebus excideret[1]) prouocante, possessionem corporum Constantius esset indeptus.[2]) Allegata igitur praeceptione diuina, primo cognitionem totius negotii, quamuis speciatim mihi tranquillitatis uestrae delegatione mandatum, V. C.[3]) Vicarii praesentiae reseruaui: si quidem uidebatur haec causa caeteris prouocationibus esse coniuncta, quae V. C.[4]) praedecessore[5]) meo negabantur admissae, et alterum mecum sumpserat cognitorem. Dehinc ubi eam partem, quae ad illius temporis iudicem pertinebat, uestro retinuistis examini: appellationis inquisitione discreta, cum iam participem iudicii *V. C. Vicarium*[6]) haberem, turbatae possessionis querelam rescripto obsecutus audiui. Et quia Theodosium iudicio non interfuisse constabat, quo sibi demptas questus est facultates, nec ulla precum mendacia Constantius detegebat, executus sum circa germanum supplicatoris heredem caeleste[7]) iudicium, reformato statu, quem claruit, mox proposita appellatione defensum. Licet cultus subditus quaestioni, libellos quos Theodosius publicauit, apud se resedisse[8]) memorauerit[9]), nihilominus obediens imperatis, statui, ut fides gestorum superiorum ad augusta scrinia mitteretur. Hinc orta est

---

[1]) *Cod. Tegerns.* excederet.

[2]) *Cod. Tegerns.* indemptus.

[3]) *Cod. Tegerns.* uiri clarissimi.

[4]) *Cod. Tegerns.* u. c.

[5]) *Cod. Tegerns.* ꝑdecessore. ꝑ pflegt in dem Cod. für pro zu stehen.

[6]) Die Codd. und Ausgaben haben cum iam participem iudicii *non* haberem. Dieß giebt aber im Zusammenhang mit dem Vorhergehenden („V. C. Vicarii praesentiae reseruaui") keinen Sinn. Ich vermute daher, daß ursprünglich gestanden habe u c u (Virum Clarissimum Vicarium), wofür, besonders wenn es etwas verschlungen geschrieben war, sehr leicht non gelesen werden konnte.

[7]) *Cod. Tegerns.* cęlestē.

[8]) *Cod. Tegerns.* redisse.

[9]) Die Ausgaben (und auch der *Cod. Tegerns.*) ziehen licet cultus .... memorauerit noch zu dem Vorhergehenden und beginnen mit nihilominus einen neuen Satz. Offenbar aber giebt die Interpunction, wie ich sie oben im Text gesetzt habe, einen besseren Sinn.

prouocatio cuius uel iustitia uel contumacia sacro expendetur arbitrio. Interea constitutionis memor, sequestrari[1]) mobilia fructusque praecepi, ne medii temporis usurpatio abutatur indebitis. Omnium gestorum fida documenta cum supplementis[2]) partium relationi ex more sociata sunt, ut diu fluctuanti causae tandem stabilem terminum diuino ore ponatis. 106.

Eine Analyse des Rechtsfalls, welcher den Prozeß zwischen Constantius Suarius und Theodosius veranlaßte, ist nicht gut möglich: dazu finden sich nicht genug Anhaltepunkte in der Stelle. Doch erhellt so viel, daß Theodosius Verurteilter, folglich Beklagter, Constantius aber Kläger war. Daß es sich nach dem Inhalt der Epistel nicht um den Besitz oder das Eigenthum an einer oder mehreren einzelnen Sachen, sondern um einen ganzen Vermögenscomplex handelt („Theodosium iudicio non interfuisse constabat, quo sibi demptas questus est facultates" und weiter oben „possessionem corporum Constantius esset indeptus") könnte auf die Vermutung führen, es sei eine dingliche Universalklage gewesen, die von Constantius angestellt war, vielleicht die hereditatis petitio. Allein es ist auch möglich, daß der ursprüngliche Prozeß bloß eine einzelne Sache oder einzelne Forderung zum Object hatte, daß aber in Folge eines Contumacialverfahrens der Kläger in bona des Beklagten mittirt war[3]), so daß es sich jetzt allerdings um ein ganzes Vermögen handelt. Dieß ist nun, wie sich unten noch zeigen wird, das Wahrscheinlichere, so daß über die ursprüngliche Klage sich nichts Genaueres ermitteln läßt. Wollte man aus den Worten: „cum . . . statum, quem Theodosio absenti ademeret, reformassem" und weiter unten: „reformato statu, quem claruit mox proposita appellatione defensum" schließen, die Entscheidung über das Vermögen habe ursprünglich

---

[1]) So der *Cod. Tegerns.* Das zuerst von LECTIUS anstatt sequestraui als Emendation vorgeschlagene und von den späteren Herausgebern in den Text aufgenommene sequestrari findet also nunmehr seine handschriftliche Bestätigung.

[2]) So der *Cod. Tegerns. Editt.* documenta supplementis.

[3]) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 294.

106. von einer Statusfrage abgehängt, so wäre zu entgegnen, daß status in Verbindung mit reformare, reformatio, integratio ꝛc. bei Symmachus häufig den Zustand, wie er vor einem beschädigenden Ereigniß war, bedeutet, namentlich aber den Besitz, wenn derselbe gestört worden und nun durch richterliche Hülfe wiederhergestellt werden soll.[1])

Der Prozeß, welchen die Klage des Constantius veranlaßt hatte, war vor dem Vorgänger des Symmachus in der praefectura urbana verhandelt worden, und zwar in Abwesenheit des Theodosius. Da nun ersichtlich ist, daß dennoch ein condemnatorisches Urteil erfolgte, in Folge dessen Theodosius den Besitz verlor, ist es nicht unwahrscheinlich, daß ein Contumacialverfahren gegen ihn eingeleitet war. Wenn der Beklagte von Anfang an nicht gefunden werden kann und Verdacht da ist, er latitire, oder auch, wenn derselbe durch seine Abwesenheit die Fortsetzung eines schon begonnenen Prozesses unmöglich macht, werden drei Edicte erlassen, von denen das Letzte peremptorisch ist: „Erscheint der Beklagte auch hierauf nicht am bestimmten Tage vor dem Tribunal, und dieß ist durch das Rufen des Heroldს (citatio praeconis) festgestellt, so wird er nicht wie im alten ordo, pro damnato gehalten, sondern, wie im Verfahren extra ordinem, nur durch Verlust seiner Exceptionen und seines Gegenbeweises gestraft, dem Kläger die einseitige Fortsetzung der Sache gestattet, allein noch der Beweis des Klaggrunds, als hätte der Beklagte sich negativ eingelassen, von ihm gefordert. Erst wenn dieser vollständig geführt und der Beklagte verurteilt ist, erfolgt die missio in bona.“[2])
So war wohl auch gegen den abwesenden Theodosius verfahren worden. Er war als contumax verurteilt und das Urteil sollte durch missio in bona vollstreckt werden. Nach der Verurteilung

---

[1]) Symmachus Epistul. I. 74; X. 48 und dazu Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 421 ff. Vgl. auch Symmachus VI. 11 und III. 53. Status wird hier überall nicht als juristisches Kunstwort gebraucht, sondern in seiner unbestimmten, nichttechnischen Bedeutung. Vgl. v. Savigny, System Bd. 2 S. 450 ff.

[2]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 290 ff. verglichen mit S. 294.

aber hatte Theodosius gegen das richterliche Erkenntniß appellirt 106. („Theodosio .... ne rebus excideret prouocante"). Diese Appellation kann er natürlich nur auf die Behauptung gegründet haben, daß die Voraussetzungen eines Contumacialverfahrens nicht vorhanden gewesen, er also mit Unrecht als contumax behandelt worden sei.[1]) Der Praefectus urbi scheint dennoch die Appellation, da sie gegen ein Contumacialurteil geschah, für offenbar unzulässig gehalten zu haben. Er nahm sie nicht an und vollstreckte das Contumacialurteil, indem er den Constantius in bona Theodosii mittirte und das so wirksam, daß Jener allerdings den Besitz der körperlichen Sachen des Theodosius erlangte. Darin erblickte Letzterer eine widerrechtliche Innovation und wendete sich — aber wohl erst nach Abgang des Präfecten — an den Kaiser mit einer Supplication[2]), worin er sich darüber beschwerte, daß der Praefectus urbi seine Appellation nicht angenommen habe, während er zugleich folgende Bitten cumulirte: 1. es möge seine Appellation für zulässig und daher 2. die geschehene Innovation für ungesetzlich, folglich für eine widerrechtliche Besitzstörung erklärt werden; 3. der Kaiser möge seine Appellation für begründet erachten und endlich 4. gegen den abgegangenen Praefectus urbi wegen der Nichtzulassung der Appellation strafend einschreiten. Der Kaiser remittirte nun, wie gebräuchlich[3]), die Sache an den nunmehrigen Praefectus urbi Symmachus mittelst Rescripts, in welchem die Entscheidung, bezüglich der Auftrag enthalten war: 1. zu untersuchen, ob Theodosius in seiner Abwesenheit, während er nicht in den Terminen erscheinen konnte[4]), verurteilt, gegen das Contumacialurteil Berufung eingelegt habe, trotzdem aber die Execution durchgeführt worden sei („Mota enim uestra clementia supplicationibus et querelis, breui examine iussit inquiri" etc.); 2. wenn sich dieß Alles als wahr herausstellen

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 296.

[2]) Supplication war wegen verweigerter Annahme der Appellation zulässig. Fr. 5 § 1 de appellat. recip. (49. 5).

[3]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 372.

[4]) So sind wohl die Worte „extra conflictum locato" aufzufassen.

106. werde, die Appellation für zulässig zu erklären und den Theodosius wieder in den Besitz der Sachen zu setzen, die Constantius in Folge der Execution erhalten hatte („cum ex rescripto numinis uestri statum, quem Theodosio absenti ademerat, reformassem“); 3. eventuell über den Grund oder Ungrund der Appellation des Theodosius das gewöhnliche Verfahren[1]) einzuleiten.

Symmachus verschob die ganze Untersuchung bis zur Anwesenheit des Vicarius urbis, denn obwohl ihm dieselbe persönlich aufgetragen, stand sie doch in gewissem Zusammenhang mit anderen Beschwerden, welche gegen seinen Vorgänger wegen verweigerter Annahme von Appellationen eingelaufen waren. Diese mußten in Gemeinschaft mit dem Vicarius urbis geprüft werden[2]), so daß auch der gegenwärtige Fall noch einen anderen Richter neben Symmachus zu erfordern schien.[3]) Nicht der Rechtsbeständigkeit oder gesetzlichen Notwendigkeit wegen verschob aber Symmachus die Verhandlungen — denn der specielle Auftrag des Kaisers würde einem etwaigen Mangel in dieser Beziehung abgeholfen haben —, sondern lediglich weil er es für zweckdienlich hielt, daß der Vicarius, welcher im Allgemeinen die Amtsführung des vorigen Praefectus urbi mit zu prüfen hatte, auch von dieser Sache genaue Kenntniß erhalte. Es sollte dieselbe zwar nicht direct gegen den Vorgänger des Symmachus gerichtet werden, ja der Kaiser hatte sich das Weitere in dieser Beziehung selbst vorbehalten („Dehinc ubi eam partem, quae ad illius temporis iudicem pertinebat, uestro retinuistis examini“), aber indirect gab sie Aufschluß über das Thun und Treiben des ehemaligen Präfecten, sie gehörte dazu, um sich ein Gesammtbild von dessen amtlicher Thätigkeit zu entwerfen.

Demgemäß richtete auch nach Ankunft des Vicarius urbis (cum iam participem iudicii *uirum clarissimum uicarium* haberem)

---

[1]) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 361 und 362.

[2]) Symmachus Epist. X. 43 und dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 372.

[3]) Sumpserat kann gehalten werden, wenn man es in der — obwohl seltenen — Bedeutung von exigerat nimmt.

Symmachus das Verfahren nicht direct gegen den iudex a quo 106.
— wie es sonst wohl bei Beschwerden wegen nicht angenommener Appellation geschah, insofern dem Richter aufgegeben wurde, sich in einem Bericht gegen die Anschuldigung zu rechtfertigen[1] —, sondern er ließ den subjectiven Theil der Untersuchung, welcher darauf gehen mußte, ob dem Ertheiler der sententia a qua ein Verschulden zur Last falle, bei Seite liegen; die weiteren ihm aufgetragenen Verhandlungen aber trennte er in zwei Theile: 1. in die Untersuchung über das Vorhandensein der in dem kaiserlichen Rescript als Bedingung für die reformatio status des Theodosius aufgestellten Thatsachen, oder mit anderen Worten die Untersuchung darüber, ob eine — nach dem kaiserlichen Rescript zulässige — Appellation nicht angenommen und trotz ihrer Einlegung Execution verfügt worden sei; und 2. in die Untersuchung über den Grund oder den Ungrund der Appellation. Von dieser Letzteren nahm er vor der Hand noch Umgang („appellationis inquisitione discreta"), und zwar mit gutem Grund, da sie jedenfalls längere Zeit erforderte, während der Zustand des Besitzes, wie er zur Zeit der eingelegten Appellation war, so schnell wie möglich wiederhergestellt werden mußte. Bei der über die Zulässigkeit der Appellation angestellten Untersuchung aber erhellte, daß die von Theodosius angeführten Thatsachen begründet seien, selbst Constantius mußte die Wahrheit derselben zugeben, indem er keine praescriptio mendacii einlegte, und so erhielt, da Theodosius unterdessen gestorben war, sein Erbe auf Grund des kaiserlichen Rescripts den Besitz der ihm entzogenen Sachen zurück. Uebrigens waren, obwohl das Unterpersonal, welches in der Streitsache früher fungirt hatte[2], sich erinnerte, daß Theodosius einen Appellationslibell eingereicht hatte, doch die Voracten, um ihre volle Glaubhaftigkeit zu erhalten, an die kaiserlichen Scrinien zur Vergleichung und Regulirung eingesendet worden.

Constantius aber fand sich durch die Entscheidung des Sym-

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 365.

[2]) So ist wohl cultus subditus quaestioni aufzufassen. Oder ist es besser zu lesen *cultor* (= *institutor*) subditus quaestioni?

106. machus beschwert und appellirte dagegen. Der Letztere, eingedenk, daß es das Sicherste sei, die Appellation nicht abzuweisen und dem Appellationsrichter die Entscheidung über ihre Zulässigkeit anheimzugeben[1]), nahm sie an und sendete sie mittelst der vorliegenden Apostel an den Kaiser ein. Dabei bemerkt er, daß er auf Grund einer kaiserlichen Constitution — womit jedenfalls die im vorigen § besprochene C. 25 C. Th. gemeint ist — die Mobilien und Früchte habe sequestriren lassen. Dieß stimmt ganz mit dem von uns oben Ausgeführten überein. Es liegt hier wirklich eine Appellation gegen die Execution vor, denn Symmachus vollzog durch die reformatio status Theodosii nur die Bestimmung eines kaiserlichen Rescripts und es war offenbar eine executivische Verfügung, wenn er den Erben des Theodosius wieder in den Besitz der Sachen, welche dem Letzteren von Constantius entzogen waren, eingewiesen hatte.

3. Ergebniß.

§ 107.

Nach Allem hätte zur Zeit des Codex Theodosianus und nachher rücksichtlich der Anwendung der Sequestration folgendes Recht gegolten:

I. Bei dinglichen Klagen fand dieselbe statt nach Maßgabe der in den Schriften der Pandektenjuristen sich findenden Regeln, nur für die liberalis causa waren durch Constantin besondere Bestimmungen getroffen. (C. 6 C. Th. de liberali causa [4. 8].)

II. Bei persönlichen Klagen wurde nach den in dem ius enthaltenen Grundsätzen die Sequestration gebraucht, wenn der Beklagte suspectus war. Auf neuerem Recht aber beruhte es,

1. daß bei Klagen aus Schuldurkunden der Beklagte in der Regel für suspect gehalten wurde, sobald er die gegen ihn producirte Schuldurkunde abläugnete, oder derselben die exceptio non numeratae pecuniae entgegensetzte (doch gab es davon Ausnahmen);

---

[1]) C. 43 C. Th. de appellationib. (11. 30). Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 356 Not. 35.

2. daß bei anderen Klagen aus Verträgen die Sequestration trotz der Verdächtigkeit des Beklagten nur eintrat, wenn das Streitobject eine individuell bestimmte Sache war. Bei Forderungsklagen aus Summen und Quantitäten war sie regelmäßig nicht anwendbar. 107.

3. Rücksichtlich der Delictsklagen galt das alte Recht.

III. Bei der Appellation sind die alten im ius enthaltenen Sätze modificirt durch die Verordnung Gratian's v. J. 378.

II. Juristischer Charakter der Sequestration.

§ 108.

Wir haben bis jetzt untersucht, in welchen Fällen die Sequestration nach dem Recht des Codex Theodosianus angewendet wurde, ohne uns darum zu kümmern, ob man dieselbe noch in der alten Weise vornahm, so daß die Parteien über einen uir bonus sich vereinbarten, oder eine aedes sacra auswählten, wo Beide die unter gewisser Bedingung einem Theil zu restituirende Sache deponirten. Die älteren römischen Schriftsteller und Pandektenjuristen brauchten überall die Ausdrücke „apud sequestrem deponere", „in sequestre deponere", „sequestro ponere" oder „apud aedem aliquam deponere", ein einziges Mal bediente sich Ulpian des Verbum „sequestrare".[1]) Dieß zeigt an, daß die Juristen das von dem mit Papinian und Ulpian ziemlich gleichzeitigen Kirchenvater Tertullian so häufig in der Bedeutung von niederlegen, aufbewahren gebrauchte Wort sequestrare[2]) absichtlich vermieden und die Ausdrücke „apud sequestrem deponere" *etc.* für juristisch genauer ansahen. Wenn nun in den späteren kaiserlichen Constitutionen des Codex Theodosianus nur ein Mal „in sequestri esse oportet"[3]), überall außerdem das

---

[1]) Fr. 22 § 8 solut. matrimonio (24. 3) s. oben § 81 S. 209.

[2]) Vgl. § 14 S. 26 f.

[3]) C. 6 C. Th. de lib. causa (4. 8).

108. Verbum „sequestrare" und das in älterer Zeit unerhörte Substantivum „sequestratio" sich findet, so deutet dieser laxer werdende Sprachgebrauch darauf hin, daß man nicht mehr an jener alten, scharfen, streng juristischen Vorstellung festhielt, welche bei den klassischen Juristen uns in dieser Beziehung entgegentritt. Selbst das „in sequestre esse" ist weit verschieden von „apud sequestrem deponere" oder „sequestro ponere". Die Bedeutung von „sequestrare" in C. 21 C. Th. de feriis (2. 8), C. 18 C. Th. de exactionib. (11. 7), C. 5 C. Th. de censitorib. (13. 11): absondern, bei Seite setzen, aufschieben[1]), beweist, daß jetzt auch da, wo sequestrare im eigentlichen Sinn gebraucht wird, der Gedanke an das Absondern des zu sequestrirenden Gegenstands von dem Vermögen des bisherigen Inhabers mehr in den Vordergrund getreten war. In C. 25 C. Th. quor. appellatt. (11. 36) steht „idoneo collocetur." Das „idoneo" läßt sich nicht gut durch sequestro ergänzen.[2]) Es liegt viel näher, zu dem „idoneo" hinzuzudenken loco.[3]) Das würde uns zeigen, wie nunmehr der Richter, welcher die Sequestration anordnete, selbst den tauglichen Ort bezeichnet habe, wo deponirt werden sollte. Auch die

---

[1]) Vgl. § 15 S. 28 f.

[2]) Zwar setzen HALOANDER und andere Herausgeber in C. 5 C. I. quor. appellatt. (7. 65) „*sequestro* idoneo collocare", allein die meisten Mss. haben das „sequestro" nicht und auch in den Basiliken (VIIII. 1, 46. HEIMB. T. I p. 443: *ἐπιτηδείως ἀποτεθῇ*) fehlt es. Es ist also das „sequestro" in den Handschriften, wo es sich findet, wohl ein ungeschicktes Einschiebsel der Abschreiber. Uebrigens scheint mir „*sequestro* idoneo collocare" auch grammatikalisch nicht gut möglich, denn wenn auch bei CICERO De diuinatione I. 46 vorkommt „collocare filiam suam alicui" (vgl. GAIUS II. 235 und 238, ULPIAN. Fragm. XXIIII. 17 sq.), so steht das offenbar für collocare filiam cum aliquo. Aber zu behaupten, rem sequestro collocare stehe anstatt rem cum sequestro collocare, wäre durchaus ungerechtfertigt. Es muß heißen rem apud aliquem, apud sequestrem collocare, und so steht auch in C. 5 C. I. comm. utr. iudicii (3. 38).

[3]) Cf. CICERO De orat. I c. 35: „suo quidque loco collocare." Das Göttinger Ms. des C. I. hat übrigens in C. 5 quor. appellat. (7. 65): „loco idoneo collocetur", (vgl. die Göttinger Ausgabe des Corp. iur. h. l.); doch ist auch dieses loco — obwohl geschickter gewählt als sequestro — wohl kein Einschiebsel der Compilatoren, sondern des Abschreibers.

Worte „— si res mobilis est .... appellatione suscepta possessori res eadem detrahatur“ scheinen auf eine directe Wegnahme des Besitzes durch den Richter zu gehen. Man kann nicht wohl daran denken, daß der Letztere dem Appellanten aufgeben solle, die Sache gemeinschaftlich mit dem Appellaten bei einem Dritten zu deponiren; darin würde erst mittelbar das Entziehen des Besitzes liegen und der Kaiser hätte sich, wenn er dieß gewollt, gewiß schärfer ausgedrückt. Aehnlich heißt es in der C. 6 C. Th. de liberal. caus. (4. 8): **108.**

> — in sequestri esse oportet, ut, his ab utroque deductis atque in medio iure locatis, ad eorum proprietatem uterque contendat.

Hier fällt ebenfalls in die Augen, daß beiden Litiganten der Besitz der bei ihnen befindlichen streitigen Sache direct entzogen wurde. Der Satz „ut his ab utroque deductis“ *etc.* kann nicht bedeuten: „damit, nachdem beiden Litiganten der Besitz der bei ihnen befindlichen Sachen entzogen und diese Sachen in mitten inne liegendes, d. h. zweifelhaftes Recht versetzt, Jeder sein Eigenthum daran im Streit vertheidige“, denn die fraglichen Sachen sind schon streitig, ehe ihr Besitz den betreffenden Litiganten entzogen worden, und es wäre auch eine derartige Uebersetzung nicht ohne sprachliche Bedenken. Besser scheint es mir zu sein, ius für die Gerichtsstelle zu nehmen[1]) und wörtlich zu übersetzen: „nachdem die Sachen bei dem dazwischen (d. i. zwischen den Litiganten) liegenden oder mit andern Worten bei dem unparteiischen Gericht niedergelegt sind.“

Aus Allem können wir nun schließen, daß bei der Sequestration zunächst den Litiganten der Besitz der streitigen Sachen (nötigenfalls durch die Executoren) entzogen, und dann von dem Richter bestimmt wurde, an welchem tauglichen Ort sie nunmehr aufbewahrt werden sollten. Damit stimmt auch überein C. 5 C. I. communia utriusque iudicii (3. 38) von Diocletian.[2]) Denn der Rector prouinciae konnte dort die streitigen Urkunden gewiß

---

[1]) Cf. Paullus Fr. 11 de iustitia et iure (1. 1).

[2]) S. oben § 80.

108. ebensowohl bei einer Privatperson, wie in aede sacra oder an einem sonstigen tauglichen Ort aufbewahren lassen. Unten werden wir sehen, daß das beschriebene Verfahren mit dem zu Justinian's Zeit gebräuchlichen viele Aehnlichkeit hat, ebenfalls ein Beweis, daß meine Behauptung der Wahrscheinlichkeit nicht entbehrt.

§ 109.

Demnach bedeuten die Worte der C. 6 C. Th. de lib. caus. (4. 8) „in sequestri esse oportet" so viel als: Die fraglichen Sachen müssen in den Zustand der Sequestration kommen. Die Sequestration selbst aber findet in der angegebenen Weise statt. Wenn es in der C. 25 C. Th. quor. app. (11. 36) heißt: „fructus omnes, qui tempore interpositae prouocationis capti uel postea nati erunt, in deposito collocentur", so ist dieser Satz so zu verstehen: Alle Früchte mögen an einem vom Richter zum Voraus bestimmten Ort, bezüglich bei einer von dem Richter bestimmten Privatperson deponirt werden.

Von der älteren, an die Stelle der Satisdation tretenden Sequestration ist daher die Sequestration der späteren Zeit mehrfach unterschieden. Dort kamen die Parteien über einen uir bonus oder eine aedes sacra, wo sie Beide die streitige Sache deponiren wollten, frei überein, hier bezeichnet der Richter den uir bonus oder die aedes sacra, wo die beweglichen Sachen aufzubewahren sind. Diese Deposition geschieht entweder von den Parteien selbst, welchesfalls das alte Verhältniß bleibt, oder die fragliche Sache wird dem officium iudicis übergeben resp. von diesem gewaltsam hinweggenommen, und dann von den Officialen weiter deponirt. Dieß Letztere ist aufzufassen als eine Deposition von Seiten des Gerichts. Dieses hatte ja dem Besitzer die streitige Sache entzogen und dadurch sich verpflichtet, dieselbe der siegenden Partei auszuantworten. Der Richter selbst also ist gewissermaßen Sequester im alten Sinn, ihm ist die Sache certa conditione custodienda reddendaque von den Litiganten überlassen, nur daß er die custodia nicht selbst übernimmt, sondern einem Dritten anvertraut. Dieser Letztere ist somit Depositar des Richters, welcher

seine actio depositi dem Sieger nur zu cediren braucht, um 109. dieselbe Wirkung hervorzubringen, als ob der Depositar eigentlicher Sequester wäre. Natürlich war der Richter für seine Wahl verantwortlich, und deshalb wird meistens depositio in aede sacra oder in horreis, quibus et alii solebant publice uti vorgekommen sein. Die Sequestration der Sache ist somit eine im eigentlichen Sinn notwendige geworden: Der bisherige Besitzer wird direct gezwungen, die Sache auch wider seinen Willen zu deponiren. Der Wille des Klägers freilich fehlt niemals, denn dieser hat ja auf Sequestration gedrungen. Sein dahin bezüglicher Antrag konnte wohl erst gestellt werden, wenn es feststand, der Beklagte werde den geltend gemachten Anspruch nicht einräumen, also wenn der Beklagte durch das Vorschützen dilatorischer Einreden seinen Willen zu erkennen gegeben hatte, die Einlassung abzuweisen[1]), oder wenn er durch negative Einlassung resp. durch Opposition peremtorischer Einreden der Klage in der Weise widersprach, daß es zum Prozeß kommen mußte.

Wahrscheinlich rief der Antrag des Klägers auf Sequestration des Streitobjects überall eine besondere Verhandlung hervor, welche, wenn keine Einigung der Parteien zu erzielen war, mit einem Zwischenbescheid (interlocutio, articulus, praeiudicium) des Richters schloß. Dieser Bescheid war natürlich ebensogut wie ein Endurteil exequirbar: war die betreffende Sache eine individuelle, so konnte dieselbe dem Beklagten durch die Officialen des Richters gewaltsam hinweggenommen werden, war es eine Summe oder Quantität, so konnte pignoris capio erfolgen.[2]) Während früher, wenn eine Partei die ihr aufgetragene Cautionsbestellung resp. Sequestration unterließ, Contumacialverfahren eingetreten war, gab man jetzt ein Erkenntniß, welches exequirt wurde. Ein derartiges Verfahren war aber auch jetzt erst möglich und hätte zur Blütezeit des ordo iudiciorum priuatorum nicht vorkommen können. Zwar finden sich schon damals manche prozeßleitende Zwischenbescheide (interlocutiones) bei dem Verfahren in iudicio[3]), und auch der Ausspruch

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. SS. 261. 262.

[2]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 338.

[3]) Keller, Röm. Civilprozeß § 66 S. 271.

109. des Magistrats oder des iudex über die Notwendigkeit einer Caution ꝛc. geschah mittelst eines Zwischenbescheids. Allein directe Execution dieser Zwischenbescheide konnte nicht stattfinden. Die Naturalexecution war mit der ächten Anlage des Formularprozesses in völligem Widerstreit[1]), und selbst wenn man das berühmte Fr. 68 de R. V. (6. 1) von Ulpian mit Keller[2]), Zimmern[3]) und Bethmann-Hollweg[4]) für ächt oder wenigstens im Wesentlichen für nicht interpolirt annimmt, muß man doch anerkennen, daß selbst noch in der späteren klassischen Zeit an dem Prinzip des indirecten Zwangs für den ordentlichen Prozeß festgehalten wurde und daß man nur allmählig und anfänglich in der Form einer nicht unbedenklichen Ausnahme die unmittelbare gewaltsame Hinwegnahme der betreffenden individuellen Sache auf Grund der pronunciatio iudicis zuließ.[5])

So war allerdings für einen bestimmten Zwischenbescheid des iudex — denn etwas Anderes ist der arbitratus iudicis nicht — und auch da nur ausnahmsweise eine directe Execution eingeführt, den anderen Zwischenbescheiden aber, namentlich den Entscheidungen des Magistrats und des iudex über zu bestellende Prozeßcautionen, wurde noch in der spätesten Zeit, wie dieß aus vielen übereinstimmenden Zeugnissen hervorgeht, nur auf indirectem Weg Kraft und Geltung gegeben.

§ 110.

Als aber der ordo iudiciorum priuatorum, welcher, aus dem reichen Rechtsleben des zur Rechtsproduction vorzugsweise bestimmten Volks entsprossen, dem starren Despotismus der späteren Kaiserzeit zuwider war, weichen mußte, und an seine Stelle die extraordinaria cognitio mit condemnatio in rem ipsam, Natural-

[1]) Vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 81 SS. 341 und 342.
[2]) Litiscontestation und Urteil S. 215.
[3]) Röm. Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 198.
[4]) Gerichtsverfassung und Prozeß S. 330.
[5]) Keller, Röm. Civilprozeß § 82 S. 356 vgl. mit § 81 S. 341. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 331.

execution rc. trat, da paßte auch die auf das Prinzip des indirecten Zwangs gebaute Cautionsordnung nicht mehr. Warum sollte der Richter gerade diesen Entscheidungen nur auf Umwegen Geltung verschaffen können, während seine übrigen Bescheide manu militari den nötigen Nachdruck erhielten? Und doch ließ sich, wenn man die satisdatio als nächstes und erstes Cautionsmittel beibehielt, nicht gut eine Naturalexecution jener richterlichen Zwischenbescheide denken. Konnte man doch Niemanden die erforderlichen Bürgen durch bewaffnete Hand abnötigen. Man sah sich daher nach einem anderen, bequemeren Cautionsmittel um, und dieses bot die schon im alten ordo iudiciorum, wenngleich erst in zweiter Linie angewendete Sequestration. Auf diese Weise erklärt es sich, daß in allen Stellen des Codex Theodosianus, wo von Sequestration die Rede ist, einer derselben vorausgehenden Aufforderung zur satisdatio nicht gedacht wird. Die Praxis hatte in manchen Fällen die Sequestration zu dieser primären Geltung gebracht, und ebenso, wie man sich früher der Worte satisdatio und satisdare bedient hatte, um regelmäßig (doch nicht absolut notwendig) durch Bürgen zu leistende Cautionen zu bezeichnen, brauchte man jetzt sequestratio und sequestrare, wenn man von den Cautionen sprach, die gewöhnlich durch Deposition des Streitobjects bestellt wurden.

Doch bestand wohl in manchen Fällen die satisdatio als das in erster Linie stehende Cautionsmittel fort und die Kaiser sahen sich veranlaßt, der Praxis, als sie auch hier der Sequestration einen Vorzug einräumen wollte, durch Gesetze entgegenzutreten.

§ 111.

Durch das eben Vorgetragene wird übrigens noch ein Moment zur Erklärung der C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) beigebracht. Zwar findet sich in der klassischen Zeit keine Spur, daß Verpflichtungen auf das Geben (tradere und dare) einer speciellen Sache eben so direct erzwungen wurden, wie die Verpflichtung zum restituere[1]; allein daß im späteren

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 333.

111. Prozeß auch für jene Fälle directe Execution eingeführt wurde, unterliegt keinem Zweifel.[1]) Dagegen bleibt bei Geldzahlungen das ordentliche Executionsmittel die pignoris capio. Wenn bei einer Geldforderung (oder anderen auf eine Quantität oder Summe gerichteten Forderung) Caution verlangt oder auf Caution erkannt wurde, so hatte der Richter kein rechtes Executionsmittel, um seiner Entscheidung Nachdruck zu geben, denn es ging nicht an, die betreffende Geldsumme der Sequestration wegen hinwegzunehmen, da überhaupt keine derartige Execution stattfand und es doch sehr ungereimt gewesen wäre, behufs der Bestellung einer Caution etwas vorzunehmen, was selbst dann nicht geschah, wenn der Beklagte condemnirt und als zahlungspflichtig anerkannt war. Ebenso aber war zur pignoris capio noch kein rechter Grund vorhanden. Denn die Existenz der Obligatio des Beklagten, zu deren Sicherung das Pfand hätte genommen werden können, stand ja noch gar nicht fest. Das hat der Kaiser offenbar im Sinn, wenn er sagt: „oportet enim debitorem primo conuinci et sic solutioni succumbere." Da demnach kein Mittel existirt, die Sequestration in solchen Fällen mit gehörigem Nachdruck zu exequiren, außerdem aber dieselbe, wie schon oben gezeigt, hier gerade besonders gehässig erscheint, verbot sie der Kaiser, natürlich aber ohne das alte Recht, nach welchem auch bei Forderungen auf Summen und Quantitäten von dem verdächtigen Schuldner satisdatio iudicatum solui geleistet werden mußte, zu ändern. Auch ließ er in dem Fall die (durch pignoris capio erzwingbare) Sequestration einer Summe zu, wo schon von vorne herein eine gewisse Präsumtion gegen den Schuldner sprach.

§ 112.

Ueber das Rechtsverhältniß, in welches die Parteien durch eine von dem Richter vermittelst directen Zwangs herbeigeführte Sequestration zu einander kommen, schweigen die Quellen. Denn ebenso wie es den Juristen und Gesetzgebern jener Zeit nicht zum Bewußtsein kommt, daß bei Forderungen, die auf ein dare

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 338.

gerichtet sind, die directe Naturalexecution die Befugniß des Richters, „Eigenthum gegen den Willen des Beklagten und bisherigen Eigenthümers auf den Kläger zu übertragen“[1]), voraussetzt, wurde es ihnen nicht klar, daß die Zulässigkeit einer directen Hinwegnahme der streitigen Sache durch das Gericht zum Behuf der Sequestration, also zum Behuf der Bestellung einer Caution zu Gunsten des Gegners, nur dann Sinn hat, wenn man dem Richter die Macht zuschreibt, an den streitigen Sachen wider den Willen des bisherigen Besitzers ein Pfandrecht zu bestellen. Diese Befugniß genügt aber noch nicht. Früher mußte vor der Satisdation (bezüglich Sequestration) durch förmliche Stipulation (bezüglich nudum pactum) zwischen den Parteien eine Obligation geschaffen werden, für welche die Bürgenstellung oder die Verpfändung geschah. Jetzt scheint jener Act hinweggefallen zu sein, und doch kann die Sequestration nicht gut anders aufgefaßt werden als Verpfändung, welche immer eine Obligation voraussetzt. Diese Obligation, welche früher durch Rechtsgeschäft unter den Parteien, das nur auf indirectem Wege erzwungen werden konnte, hervorgebracht wurde, schafft jetzt der Richter durch seinen Bescheid auf Cautionsbestellung. Daher muß diesem außer der Befugniß, ein Pfand zu bestellen, die schon im klassischen Recht dem Magistrat bei der pignoris capio zukam[2]), auch noch die Macht zugeschrieben werden, eine obligatio zwischen den Parteien durch seinen Ausspruch unmittelbar zu begründen, ganz ähnlich derjenigen auf iudicatum facere oportere, welche schon im Formularprozeß durch das condemnatorische Endurteil entstand. So liegt also in dem Zwischenbescheid des Richters auf Sequestration des Streitobjects einmal die Begründung einer Obligation zwischen den Parteien, dann aber auch — wenn die Execution erfolgt — die Constituirung eines Pfandrechts an der streitigen Sache zu Gunsten jener Obligation. Dieses Pfandrecht ist eigenthümlicher Natur und nicht ganz übereinstimmend mit dem-

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 339.

[2]) Ulpianus Fr. 10 qui potiores (20. 4) Imp. Antoninus C. 2 C. I. eod. (8. 18). Id. C. 1 si in causa iudicati (8. 23).

112. jenigen, welches bei der pignoris capio entsteht. In Letzterem liegt das Recht des Pfandverkaufs, wenn auch nicht durch den Creditor, so doch durch das Gericht zu Gunsten des Creditor.[1]) Das Pfandrecht des Klägers bei der Sequestration dagegen gehört zu den Fällen des Pfandrechts ohne Verkauf und ist in gewisser Beziehung dem Pfandrecht des missus in possessionem ähnlich. Es bleibt also im Ganzen dasselbe Verhältniß zwischen Kläger und Beklagten, welches wir oben (§ 66 vgl. mit § 57) kennen lernten, nur daß dasselbe jetzt nicht mehr durch Privatrechtsgeschäft unter den Parteien, sondern unmittelbar durch richterlichen Befehl begründet wird. Einen richterlichen Befehl aber, welcher zur Sicherung einer Partei im Prozeß den Besitz des Streitobjects dem bisherigen Inhaber entzieht und denselben nicht auf die Gegenpartei (denn das wäre missio in possessionem), sondern auf eine dritte Person, welche dann im Namen der streitenden Theile (abgeleiteten) juristischen Besitz hat, überträgt, ebenso wie das durch jenen Befehl hervorgebrachte Verhältniß selbst, nennen wir Arrest. Und so ist schon im Recht des Codex Theodosianus an die Stelle der alten Sequestration ein eigentlicher Realarrest getreten.

---

[1]) Ulpianus Fr. 50. Hermogenianus Fr. 74 § 1 de euict. (21. 2). Iustinianus C. 2 si in causa iudicati (8. 22).

Zweites Kapitel.

Das Justinianische Recht.

---

§ 113.

Wir kommen zur Untersuchung des Justinianischen Rechts. 113
Um die Stellung der Sequestration in diesem zu begreifen, ist es nötig, mit einigen Worten der Aenderungen zu gedenken, welche der Prozeß in der Zeit zwischen dem Codex Theodosianus und Justinian erlitt.

Die Denunciation als regelmäßige Einleitung des Verfahrens ist in nicht näher bestimmbarer Zeit gänzlich außer Gebrauch gekommen.

Schon zur Zeit des Codex Theodosianus war, wie wir wissen, die Notwendigkeit derselben für einzelne Fälle entfernt worden: Der Kläger brauchte dann nicht vor dem Richter zu erscheinen, um feierlich zu denunciren und zu bitten, daß von Letzterem weiter an den Beklagten denuncirt werde. Vielmehr genügte die Einreichung eines schriftlichen Klaglibells, worauf der Beklagte durch den Richter ohne Beobachtung der für die Denunciation vorgeschriebenen Fristen citirt wurde. Es ist also dieß Verfahren von dem bei der denunciatio gebräuchlichen im Wesentlichen nur dadurch unterschieden, daß die äußere Form der denunciatio und die langen, prozeßverschleifenden Fristen hinwegfallen, und so ist es denn natürlich, daß man anfing, auch in anderen Sachen als denen, die gesetzlich von der Denunciation eximirt waren („ruptis

113. denunciationum ambagibus") jenes einfachere und schnellere Verfahren einzuführen, so daß nach und nach die Denunciation ganz verschwand (vgl. unten § 119).

In der Justinianischen Compilation findet sie sich nicht mehr, die früheren Constitutionen darüber sind im Codex Iustinianeus theils ganz weggelassen, theils ist durch Interpolation jede Spur derselben sorgfältig vertilgt.[1]) Auch der Westgothischen Interpretation des Codex Theodosianus ist das Institut unbekannt: dasselbe muß daher im westlichen Reich im Lauf des fünften Jahrhunderts verschwunden sein.[2]) Ein Gesetz, worin die Denunciation ausdrücklich aufgehoben wäre, findet sich nicht, und nicht einmal § 15 I. de actt. (4. 6) kann als ausdrückliches Zeugniß für die Aufhebung gelten, da die betreffenden Worte bloß in Verbindung mit den Condictionen stehen und „wörtlich aus Gaius (IIII. 18) entnommen sind, bei welchem sie entschieden einen anderen Sinn haben."[3])

Im Justinianischen Recht geschieht die Einleitung des Prozesses, wie früher bei den der denunciatio entzogenen Sachen, durch eine Klagschrift (libellus conuentionis), welche dem Gericht überreicht wird, worauf der Richter in einer Verfügung (sententia, interlocutio, praeceptum) entweder die Klage sofort verwirft, oder dieselbe zuläßt und Ladung des Beklagten befiehlt. Dieser Befehl (commonitio, sententia commonitoria, admonitio, conuentio, citatio) wird entweder mündlich dem Executor gegeben, oder schriftlich — durch subscriptio auf dem Libell — ausgefertigt.[4]) Der Executor insinuirt nun die Klage und Ladung dem Beklagten oder dessen Vertreter[5]) und es empfängt derselbe dagegen 1. nach

[1]) IACOB. GOTHOFREDUS Commentar. in C. 1 C. Th. de denunciat. (2. 4). Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 253. Heffter, Prozeß S. 291. Savigny, Ueber das interdictum QVORVM BONORVM. Vermischte Schriften Bd. 2 S. 261.

[2]) Bethmann-Hollweg a. a. O.

[3]) Savigny a. a. O. Not. 1.

[4]) Vgl. über das Alles Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 254 ff. Puchta, Institutionen Bd. 1 § 184 S. 266 ff. Zimmern, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 3 § 144 S. 438 ff.

[5]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 256.

dem Klagobject bestimmte Sporteln[1]), 2. ein schriftliches Empfangs- 113. bekenntniß, welches das Datum enthalten muß[2]), 3. cautio iudicio sisti. Daß diese Caution jetzt dem Executor geleistet wurde, ist der deutlichste Beweis, daß dieselbe nunmehr etwas ganz Anderes geworden war, als im alten Recht. Konnte doch nicht dem abwesenden Kläger stipulirt werden. Der Ausdruck, es sei die cautio iudicio sisti dem Kläger bestellt worden, ist daher überall darauf zu beziehen, daß sie dem Effect nach dem Kläger bestellt wurde, nicht aber formell.

§ 114.

Von der cautio iudicio sisti handeln viele Stellen des Justinianischen Rechts. Wir beginnen mit der Betrachtung der jüngsten.

Nou. 53 (a. 537) praef.:

Πολλοὶ προσιόντες ἡμῖν διδάσκουσι τὸ ἡμέτερον κράτος, ὡς ἀγώγιμοι γίνονται παρά τινων ἢ καὶ εἰς ἑτέρας ἀπάγονται χώρας ἢ ἐκ θείας ἡμῶν κελεύσεως, ἢ καὶ ἐκ ψήφων ἀρχικῶν, καὶ ταλαιπωροῦνται μὲν τούτοις, ἠναγκασμένοι δὲ ὑπὸ τῶν κελεύσεων ἢ τῶν ψήφων ἄγονται, εἶτα οἱ τούτους ἀγαγόντες καὶ ἀσφαλείας κομισάμενοι, ὡς εἴσω ῥητοῦ χρόνου καταλήψονται τὸ ἀφορισθὲν δικαστήριον οἱ παρ' αὐτῶν αἰτιαθέντες, αὐτοὶ μένουσιν ἐν τῇ χώρᾳ, τρύχεσθαι ταῖς ἐν ξένῃ δαπάναις τὸν παραστάντα ἢ διαχθέντα καταλιμπάνοντες.

Die Novelle ist veranlaßt durch die Beschwerde, daß die Kläger viel günstiger gestellt seien als die Beklagten, indem die Letzteren gezwungen wären, vor Gericht — selbst vor Gerichten ferner Provinzen — zu erscheinen, wenn sie nicht bedeutenden Nachtheilen unterliegen wollten, während der Kläger keineswegs gehalten sei, die Sache fortzusetzen, vielmehr straflos im angesetzten Termin ausbleiben könne, eine Einrichtung, die vielfach zu Chikanen mißbraucht werde. Dabei wird als etwas sich von selbst Verstehendes und Bekanntes vorausgesetzt, daß die Kläger (dem

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. u. S. 241 ff.

[2]) Bethmann-Hollweg a. a. O.

114. Effect nach) Caution empfingen: „ὡς εἴσω ῥητοῦ χρόνου καταλήψονται τὸ ἀφορισθὲν δικαστήριον οἱ παρ᾽ αὐτῶν αἰτιαθέντες.“[1]) Zugleich aber geht aus den letzten Worten der praefatio hervor, wie der Beklagte sich entweder selbst vor dem citirenden Gericht stellte, oder aber bei demselben vorgeführt wurde (παραστάντα ἢ διαχθέντα = eum, qui se stitit uel adductus est). Darüber verbreitet das erste Kapitel unserer Nouella ein helleres Licht. Es heißt:

— καὶ ὁ χρόνος πληρωθείη, ὃν ἐπὶ τῇ τῆς παραστάσεως ἢ τῆς ἀπαγωγῆς ἀσφαλείᾳ αὐτὸς ὁ ἐνάγων ἔταξεν.[2])

Daraus scheint sich zu ergeben, daß die cautio darauf gerichtet war: „Der Beklagte werde in gewisser Zeit sich selbst vor Gericht einfinden oder dulden, daß er vorgeführt werde“, wonach die oben erwähnten Worte der praefatio so zu verstehen sind, daß der Beklagte entweder in Folge seines Versprechens freiwillig vor Gericht erschienen, oder, weil er diesem Versprechen nicht nachgekommen, auf Grund seines weiteren Versprechens, gewaltsam vorgeführt worden sei. Weiteren Aufschluß über die Einleitung des Prozesses in der Justinianischen und vorhergehenden Zeit giebt die Novelle in Cap. 3 pr.:

— τῆς γὰρ παλαιότητος βουλομένης τὸν αἰτιάσεως βιβλίον δεξάμενον ἡμερῶν εἴσω δέκα διάσκεψιν ἔχειν, ἐφ᾽ ᾧ καὶ ἀνερευνῆσαι τὸ πρᾶγμα, καὶ ἴσως ἐπιγνῶναι, καὶ ἀπαλλαγῆναι, μετὰ δὲ τὴν τῶν δέκα ἡμερῶν προθεσμίαν τηνικαῦτα καὶ ὑπογράφειν τῷ σταλέντι βιβλίῳ, καὶ τὰς δικαστικὰς πληροῦν ἀσφαλείας, τινὲς δὴ ἀφορῶντες εἰς τοὺς ἡμετέρους νόμους, οἵ μετὰ προκάταρξιν οὐδὲ παραιτεῖσθαι τὸν δικαστήν, οὐδὲ συνδικαστὴν αἰτεῖν· συγχωροῦσι, τὸ πρᾶγμα τεχνάζουσι, καὶ μάλιστα τῶν πρακτόρων τὰ τοιαῦτα δολερῶς ἐξευρισκόντων, καὶ ἅμα προσενεχθείη τις ὑπόμνησις, πολλάκις οὐδὲ βιβλίου διδομένου,

---

[1]) „— cautionem acceperunt, quod ab iis postulati intra certum tempus ad determinatum iudicium uenturi sint.“ (HOMBERGK.)

[2]) „— et tempus elapsum sit, quod in cautione iudicio sistendi, uel in ius ducendi causa actor praefiniuit.“ (HOMBERGK.)

οὐδὲ δικαστικῆς οὐδεμιᾶς ἀσφαλείας, ἄγουσι τὸν ἄνθρωπον ἄκοντα πρὸς τὸν δεδομένον δικαστήν, καὶ οὐδ' ὁτιοῦν ἐπιστάμενον συνελαύνουσι ποιήσασθαι προκάταρξιν, ὥστε ἅπαξ αὐτὸν ὑπὸ τῇ προκατάρξει γενόμενον δεδέσθαι, καὶ μηδεμίαν ἔχειν ἄδειαν μήτε παραιτήσασθαι τὸν δικάζοντα, μήτε συνδικαστὴν γοῦν αἰτῆσαι, καίτοι γε ἴσως ὑπόπτου τοῦ δικαστοῦ καθεστῶτος. 114.

Wir erfahren, daß nach dem zur Zeit des Erlasses der Nouella geltenden Recht, welches als älteres Recht bezeichnet wird — und als solches möglicherweise schon für die der litisdenunciatio entzogenen Sachen des Codex Theodosianus galt — dem Beklagten nach Insinuation der Klagschrift ein zehntägiges spatium deliberandi gelassen werden mußte, und daß derselbe erst nach Ablauf dieser Frist die Klage zu unterschreiben und die gesetzlichen Cautionen zu leisten hatte. Zugleich aber wird uns mitgetheilt, daß die Praxis in neuerer Zeit diese gesetzliche Bestimmung nicht beobachtet habe, sondern daß vielmehr der Beklagte, um ihn von der ihm nur vor der Litiscontestation zustehenden Recusation des Richters, bezüglich der Bitte, daß dem Richter ein anderer Richter beigegeben werde, abzuhalten, durch die Executoren, welche als die eigentlichen Urheber dieser Ordnungswidrigkeit bezeichnet werden, oft geradezu ohne vorgängige Insinuation des Libells und ohne daß Caution geleistet worden wäre, vorgeführt und zur Litiscontestation gezwungen worden sei. Dieses eben nicht schöne Bild von der unbeschränkten Willkür der Executoren gegen die Gerichtsuntergebenen und von ihrer kriechenden Dienstfertigkeit gegen die Vorgesetzten paßt vollkommen zu dem Gemälde von dem wüsten prozessualischen Treiben der sinkenden Römischen Kaiserzeit, welches sich bei der Lecture von Schriftstellern wie Symmachus vor uns aufrollt.

Justinian verordnet nun im § 1 des Cap. 3 der Novelle, daß dem Beklagten bei der Citation immer das Libell überreicht werden soll. Nach der Insinuation der Ladung und des Libells aber muß demselben ein Zeitraum von mindestens zwanzig Tagen bleiben, damit er den Richter recusiren oder mit dem Gegner transigiren kann. Dann fährt der Kaiser fort (Nou. cit. cap. 3 § 2):

114. *Δεχόμενον δὲ αὐτὸν τὸ βιβλίον, μόνης προσωπικῆς ἐγγύης παρ' αὐτοῦ διδομένης, καὶ τῶν σπορτούλων κατὰ τὴν θείαν ἡμῶν παρεχομένων διάταξιν, ὑπογράφειν τῷ καλουμένῳ ἀντιβίβλῳ, δηλοῦντα καὶ τὸν χρόνον, καθ' ὅν αὐτῷ τὸ βιβλίον ἐπιδίδοται, ἵνα μὴ καὶ περὶ τοῦτο τέχνη τις γένηται.*

Der Beklagte soll also gleich bei Empfang des Libells einen Insinuationsschein (*ἀντιβιβλίον*) unterzeichnen und darauf das Datum der geschehenen Insinuation bemerken. Zugleich hat er die cautio iudicio sisti zu leisten, und zwar — wie ausdrücklich gesagt wird — lediglich dadurch, daß sich Bürgen persönlich für ihn verpflichten. Das wird offenbar der Bestellung einer Caution auf dinglichem Weg, also z. B. durch Sequestration, entgegengesetzt und es zeigt uns diese Bestimmung, wie troß der in den Pandekten enthaltenen Vorschriften sich die Praxis immer noch dahin neigte, primo loco die Bestellung der Caution auf dinglichem Weg, durch Sequestration, zu fordern.

Nach wiederholter Einschärfung des Satzes, daß dem Beklagten die zwanzigtägige Frist von der Insinuation des Libells an gelassen werden müsse, gebietet der Kaiser, die Executoren sollten in jener Zwischenzeit den Beklagten nicht turbiren, der lediglich die gerichtliche Caution zu leisten habe, wie sie durch den Richter angeordnet sei (*ἀλλὰ τήν τε δικαστικὴν ἀσφάλειαν ἐκτιθέμενον, καθάπερ ἂν οἱ ταῦτα κρίνοντες συνίδοιεν*). Ob Caution zu leisten oder nicht, war demnach in das Ermessen des Richters gestellt, und es mußte die darauf bezügliche Entschließung jedenfalls schon vor Insinuation des Klaglibells erfolgt und zugleich mit dem Libell dem Beklagten eröffnet worden sein, wobei es recht gut möglich, daß innerhalb der fraglichen zwanzig Tage der Beklagte gegen die Bestellung der Caution remonstriren konnte. Im Cap. 4 pr. heißt es weiter:

Εἰ δὲ καί τινες διομόσαιντο μὲν, ὡς προσεδρεύουσι, πρὶν δὲ ἡ προκάταρξις γένοιτο, τῆς μεγάλης ταύτης ἀφανεῖς κατασταῖεν πόλεως, ἄδειαν εἶναι καὶ μὴ γενομένης προκατάρξεως προσιέναι τὸν ἐνάγοντα τῷ ἀφορισθέντι δικαστῇ, καὶ ταῦτα προσαγγέλλειν, ἐκεῖνον δέ, εἰ μὲν ἄρχων

εἴη, κελεύειν ἐκ τρόπου παντὸς ἄγεσθαι τὸν ἐναχθέντα, ὡς καὶ ἐπίορκον, καὶ σχεδὸν ἑαυτοῦ κατήγορον τῇ φυγῇ γενόμενον. εἰ δὲ οὐκ ἄρχοι, δοθείη δὲ ἐκ τινὸς δικαστής, εἴτε ἐκ θείου τύπου τυχὸν ἢ κελεύσεως, ἢ καὶ παρά τινος ἄρχοντος, ἐπ' ἐκεῖνον μηνύειν, ὥστε ἄγεσθαι παρ' ἐκείνου, καὶ μὴ τὸ πρᾶγμα μένειν τῷ διώκοντι πανταχόθεν ἄπορον, οὔτε τοῦ δικαστοῦ πρᾶξαί τι δυναμένου, διὰ τὸ μήπω γενέσθαι παρ' αὐτῷ προκάταρξιν, ἐκεῖνου τε καταφρονοῦντος τοῦ νόμου καὶ τῆς διωμοσίας τῆς ἑαυτοῦ, καὶ τὸν διώκοντα πάσης ἐκτὸς νομίμου βοηθείας ἀπολιμπάνοντος. § 1. *Ὅπως ἂν οὖν μὴ λανθάνοντος αὐτοῦ καὶ βραδυνούσης τῆς παραστάσεως, τὸ πρᾶγμα μένοι μετέωρον, ἐξετάζετο παχυμερῶς ὁ δικαστὴς ὅποι γῆς ἀπεληλυθέναι λέγεται, καὶ διδότω προθεσμίαν ῥητήν, ὥστε εἰ μὴ εἴσω ταύτης ἀπαντήσειεν (ἐλευθέραν μέντοι τούτου παῤῥησίαν ἔχων, ἀλλὰ μή, ὡς εἰκός, ἐξεπίτηδες παρὰ τοῦ διώκοντος καθειργμένος ἢ κωλυόμενος ἐλθεῖν), τηνικαῦτα κατὰ μίαν μοῖραν ἐξεταζέτω τὴν ὑπόθεσιν· καὶ ἐπὶ νομῆς πεμπέτο τὸν διώκοντα τῶν αὐτοῦ πραγμάτων πρὸς τὸ μέτρον τοῦ διαφαινομένου χρέους, ὥστε αὐτὸν εἰς νομὴν πεμφθέντα ἔχειν τὰ πράγματα χρέους ἕνεκεν φυλακτέου. καὶ τηνικαῦτα εἴπερ ἐκεῖνος ἀπαντήσειε, πᾶσαν αὐτῷ πρότερον θεραπεύειν τὴν ζημίαν, οὕτω τε ἀπολαμβάνοντα τὰ πράγματα καὶ ἐγγυητὴν παρασχόμενον ἀγωνίζεσθαι τὴν ὑπόθεσιν.* 114.

Demnach kam anstatt der satisdatio iudicio sisti auch iuratorische Caution vor. Wenn nun in solchem Fall der Beklagte sich vor der Litiscontestation entfernte, konnte der Kläger sich nicht an die Bürgen halten und es mußten andere Bestimmungen zu seiner Sicherung getroffen werden. Der Kaiser ordnet deshalb an, der Kläger solle, obwohl die Litiscontestation noch nicht erfolgt, die Entfernung des Beklagten dem Richter anzeigen. Der Letztere, wenn er Magistrat sei, könne gegen den der Flucht und dadurch des Eidbruchs Verdächtigen einen Vorführungsbefehl (eine Art offenen Arrests) erlassen; sei aber der Richter nur ein (vom Kaiser oder einem mit ordentlicher Amtsgewalt versehenen Richter ernannter) iudex datus — dem keine eigentliche Executiv-

114. gewalt zustand[1]), besonders da die Sache noch nicht bis zur eigentlichen Litispendenz gekommen war — so solle der mandirende Richter angegangen werden, den Vorführungsbefehl auszufertigen. Ferner aber sei eine kurze Untersuchung darüber anzustellen, wohin der Beklagte sich entfernt habe, und eine — jedenfalls nach der Größe der Entfernung zu bestimmende — Frist festzusetzen, nach deren vergeblichem Ablauf die Sache einseitig verhandelt werden und der Kläger nach Befinden missio in bona absentis, pro modo debiti declarati erhalten könne. Wenn aber der Beklagte innerhalb der Frist — gezwungen oder freiwillig — erscheine, so solle er dem Kläger allen Schaden ersetzen, dagegen seine Sachen, in deren Besitz der Kläger mittirt war, zurückerhalten und nun fideiussorische Caution bestellen.

Die für uns wichtigsten Resultate der vorstehenden Untersuchung sind:

1. Die Beklagten mußten nach der Novelle, wenn es von dem Richter so angeordnet war, regelmäßig schon bei der Insinuation des Klaglibells und der Ladung cautio iudicio sisti (*ἀσφάλειαν — ὡς εἴσω ῥητοῦ χρόνου καταλήψονται τὸ ἀφορισθὲν δικαστήριον*) an den Executor bestellen.

2. Diese Caution war regelmäßig eine fideiussorische und es sollte nicht Sicherheit durch Bestellung eines dinglichen Rechts gefordert werden können.

3. Doch genügte mitunter auch iuratorische Caution und dann sollte, wenn der Beklagte durch Entfernung von seinem Wohnort sich verdächtig machte, ein Arrestbefehl erlassen und im Fall der fortdauernden Entfernung ein Contumacialverfahren gegen denselben eingeleitet werden.

§ 115.

Wir müssen nun weiter untersuchen, wie sich die Vorschriften der Nouella 53 zu dem in den Gesetzbüchern Justinian's enthaltenen Recht verhalten. Wir beginnen dabei mit dem Institutionentitel De satisdationibus (4. 11), weil in diesem sich der

---

[1]) Bethmann-Hollweg S. 52. Cf. Fr. 15 de re iudic. (42. 17).

Kaiser über die zu seiner Zeit anwendbaren Cautionen, im Vergleich mit dem alten Juristenrecht, belehrend ausspricht. Er beginnt: 115.

> Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium nouitas per usum amplexa est,

d. h. das alte Recht ist durch Gewohnheitsrecht aufgehoben und ein neues an seine Stelle gesetzt worden. Nach einer auf Gaius (IIII. 88—102) sich stützenden und zwar abgekürzten Darstellung des alten Rechts bezüglich der satisdatio iudicatum solui wird in § 2 fortgefahren:

> Sed haec hodie aliter obseruantur. Siue enim quis in rem actione conuenitur, siue in personam suo nomine, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur; sed pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis[1]), uel committitur suae promissioni cum iureiurando, quam iuratoriam cautionem uocant, uel nudam promissionem, uel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur.

Es ist sowohl bei dinglichen, als persönlichen Klagen, sobald der Beklagte in eigener Person den Prozeß übernimmt, die alte cautio iudicatum solui hinweggefallen und an ihre Stelle eine andere getreten, eine Caution, welche der Beklagte „pro sua tantum persona" zu leisten hat, die „cautio, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis." Diese Caution ist von der alten satisdatio iudicatum solui namentlich dadurch verschieden, daß sie die clausula de re iudicata nicht enthält. Sie hat lediglich

---

[1]) THEOPHILUS paraphrasirte diese Worte: „— *ἀλλὰ μόνον ἐγγυητὴν παρέχει ὑπὲρ τοῦ οἰκείου προσώπου, τὸν ἐπαγγελλόμενον ὅτι παραμενεῖ ὁ ἐναγόμενος ἐν τῷ δικαστηρίῳ μέχρι τέλους τῆς δίκης.*" Auch PETRUS Exceptiones Legum Romanorum l. IIII c. 60 (Ausgabe von Savigny im 2. Bd. der Geschichte des R. R. im Mittelalter S. 427) hat offenbar auf die Institutionen fußend Folgendes: „Si quis ab aliquo quacunque actione conuenitur suo nomine, litis aestimationem, ut iudicatum soluat, satisdare, id est, fideiussorem dare non compellitur. Sed pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis, id est, donec definitiua sententia proferatur, satisdare cogitur."

115. die clausula de re defendenda[1]) und möglicherweise die clausula de dolo malo, doch lassen uns über letzteren Punkt die Quellen in Zweifel. — Es fragt sich: Ist diese Caution identisch mit derjenigen, welche wir oben in der Nouella 53 kennen gelernt haben? Bei Letzterer geben die Beklagten dem Executor gegenüber (indirect aber zu Gunsten des Klägers, weshalb auch Justinian den Kläger als Denjenigen bezeichnet, welchem die Caution geleistet wird) Sicherheit, „ὡς εἴσω ῥητοῦ χρόνου καταλήψονται τὸ ἀφορισθὲν δικαστήριον“ (quod intra certum tempus ad determinatum iudicium uenturi sint). Die in den Institutionen erwähnte Caution enthält dagegen ein Versprechen des Beklagten, „quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis.“ Offenbar sind das ganz verschiedene Cautionen, welche ihrem Inhalt nach etwa in demselben Verhältniß stehen, wie das alte Vadimonium, welches die Bestimmung hatte, das Verfahren in iure von einem Termin auf den anderen überzuleiten, zu der anderen Art des Vadimonium, wodurch der vor den Prätor Gerufene sein erstes Erscheinen in iure versprach. Nur sind die Justinianischen Cautionen überall nicht identisch mit den Vadimonien; denn es ist unter Anderem ein großer Unterschied, daß die in den Institutionen erwähnte Caution gleich darauf gerichtet ist, daß der Beklagte bis zum Ende des Rechtsstreits die Gerichtsfolge zu leisten sich verpflichtet, während das entsprechende Vadimonium nur für das Verfahren in iure galt und da von einem Termin zum andern bestellt wurde. Daß es aber zwei verschiedene Cautionen sind, welche im Justinianischen Recht geleistet werden, geht auch aus der Nouella 53 cap. 4 § 1 i. f. hervor. Denn da wird bestimmt, der Beklagte, welcher seiner iuratorischen Caution, im ersten Termin zu erscheinen, nicht nachgekommen ist, solle, wenn er später erscheint und die Litiscontestation vornimmt, Caution durch Bürgen bestellen — und diese letztere Caution kann keine andere sein, als die cautio, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis. Sie wird in der Nouella nur erwähnt, um zu sagen, daß der

---

[1]) Schlayer in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. 9 S. 227.

Beklagte, welcher das Privilegium hat, bloß iuratorische Caution 115. leisten zu müssen, sobald er der beschworenen Verpflichtung, welche er dem Executor gegenüber auf sich genommen hat, nicht gehörig nachgekommen ist, für die zweite zu bestellende Caution des Rechts, bloß iuratorische Caution aufzumachen, verlustig gehen soll. Nach Allem kann ich nicht mit Bethmann-Hollweg[1]) übereinstimmen, wenn er sagt, die cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis sei mit der cautio iudicio sisti identisch und jene nur die zweite Hälfte der Letzteren.[2]) Es ist übrigens auch ganz natürlich, daß die dem Executor gegenüber bestellte Caution nur auf das erste Erscheinen vor Gericht sich bezog, während das Versprechen, den Prozeß vor demselben Gericht durchzuführen, erst nach eingetretener eigentlicher Litispendenz, also erst nach geschehener Litiscontestation und zwar an den Kläger selbst erfolgen konnte. So vertritt denn die cautio iudicio sisti die Stelle des alten freiwilligen Vadimonium, anstatt des prätorischen Vadimonium und der cautio iudicatum solui aber wird die cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis bestellt. Dadurch wird es auch erklärt, warum Justinian im § 2 I. cit. bloß der satisdatio pro sua persona erwähnt. Die ganze Justinianische Darstellung stützt sich, wie bereits oben gesagt, auf Gaius (IIII. 88 sqq.). Dort ist aber nur von der cautio iudicatum solui die Rede, nicht auch von irgend einem Vadimonium. Natürlich, daß nun auch Justinian bloß die an Stelle der cautio iudicatum solui getretene Caution behandelt. Die eigentliche cautio iudicio sisti müßte er, dem System des Gaius folgend, nach § 3 I. de poena temere

---

[1]) A. a. O. S. 257 Not. 25.

[2]) Schon Gudelinus De iure nouissimo IIII c. 5 (Ed. Francofurt. 1668 p. 196) trennt die beiden Cautionen, indem er sich hauptsächlich auf die Analogie der Caution in Fr. 1 pr. si ex noxali causa agatur (2. 9) beruft. Andere aber verwechseln die Cautionen, wie z. B. Vinnius Commentarius in Institt. lib. IIII tit. XI § 2; Voet Commentar. ad Pand. lib. II tit. VIII N. 2. Bethmann-Hollweg a. a. O. beruft sich namentlich auf die aus den Basiliken (LVI. 7, 8) restituirte C. 8 § 8 (muß wohl heißen § 7) C. I. de delatorib. (10. 11). Darüber unten § 123.

115. litigantium (4. 16), wo von der in ius uocatio die Rede, erwähnen. Cautionsmittel für die beiden Cautionen des Justinianischen Rechts ist regelmäßig satisdatio, doch kommt es auch vor, daß bloß iuratorische Caution geleistet wird, ja es kann auch nur auf nuda repromissio erkannt werden. Etwas Näheres darüber erfahren wir aus den Institutionen nicht, indem dieselben in den §§ 4 und 5 tit. l. auf die Cautionsbestellung der Procuratoren übergehen.[1]) Uebrigens wird noch bemerkt (§ 6):

Quae omnia apertius et perfectissime a quotidiano iudiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

§ 116.

Daß mehrere Cautionen von dem Beklagten geleistet werden mußten und daß in der Theorie nirgends die satisdatio pro sua persona mit der cautio iudicio sisti verwechselt wird, zeigt auch § 4 I. de satisdationibus (4. 11), verglichen mit Theophilus ad h. §. Es ist nämlich da von den Cautionen die Rede, welche bestellt werden müssen, wenn der Beklagte nicht in eigener Person, sondern durch einen Procurator seine Sache führt.

§ 4 I. de satisdationib. (4. 11):

Si uero aliquis conuenitur, si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest uel ipse in iudicium uenire et sui procuratoris personam per Iudicatum solui satisdationem solenni stipulatione firmare, uel extra iudicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procura-

Theophil. ad h. §:

Εἰ δέ τις ἐνάγεται, εἰ μὲν παρὼν ἕτοιμός ἐστι προβάλλεσθαι προκουράτωρα, δύναται τοῦτο δηλονότι ποιῆσαι, ἢ αὐτὸς εἰς τὸ δικαστήριον παραγενέσθαι, καὶ τοῦ οἰκείου προκουράτωρος τὸ πρόσωπον βεβαιῶσαι, τὰς ἐξέθους ἐπερωτήσεις ἐπερωτώμενος τῆς iudicatum solui, *ἃς οἱ ταύτην παρέχοντες εἰώθασιν ὁμολογεῖν. Ἔξεστι δὲ τῷ δεσπότῃ καὶ ἐκτὸς δικαστηρίου ἐγγυητικὴν ὁμολογίαν ἐκτίθεσθαι, ἐν ᾗ τοῦ*

---

[1]) Dabei kommt auch noch wirkliche cautio iudicatum solui vor und daher ist die Aufnahme des Titels iud. solui in die Pandekten zu erklären.

toris fideiussor existat pro omnibus Iudicatum solui satisdationis clausulis. Ubi et de hypotheca suarum rerum conuenire compellitur, siue in iudicio promiserit, siue extra iudicium cauerit, ut tam ipse quam heredes eius obligentur, alia insuper cautela uel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiae recitandae, in iudicio inuenietur; uel si non uenerit, omnia dabit fideiussor, quae condemnatione continentur, nisi fuerit prouocatum.

οἰκεῖον προκουράτωρος ἐγγυητὴς 116. γίνεται, πάντα τὰ τῆς iudicatum solui κεφάλαια ὁμολογῶν, τουτέστιν ὅτι ὁ προκουράτωρ αὐτοῦ παραμενεῖ τῷ δικαστηρίῳ, καὶ δικάσεται μέχρι τέλους, καὶ καταβαλεῖ τὰ κριθησόμενα· ὑποτιθέμενος μέν τοι ἐπὶ τῇ τοιαύτῃ ὁμολογίᾳ τὴν οἰκείαν περιουσίαν, εἴτε ἐν δικαστηρίῳ ταῦτ' ἐκθῆται εἴτε ἐκτὸς δικαστηρίου, ὥστε καὶ αὐτὸν καὶ κληρονόμους αὐτοῦ ἐνόχους ἐντεῦθεν γίνεσθαι· ἑτέρας δηλονότι ὁμολογίας ἤτοι ἐγγύης ἐκτιθεμένης ὑπὲρ τοῦ προσώπου αὐτοῦ τοῦ ἐναγομένου (περὶ γὰρ ἑαυτοῦ ἢ δίδωσιν ἐγγυητὴν, ἢ ὁμολογίαν ἐκτίθεται, κατὰ τὰ πρὸ βραχέως εἰρημένα) ἀσφαλιζόμενος ὅτι ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἀποφάσεως εὑρεθήσεται ἐν τῷ δικαστηρίῳ· εἰ δὲ μὴ παραγένηται, πάντα παρέξει αὐτὸς, ἤτοι ὁ τούτου ἐγγυητὴς, τὰ τῇ ἀποφάσει περιεχόμενα· εἰ μὴ ἄρα τὴν ἀπόφασιν ἔγκλητος ἠκύρωσεν.

Die Worte des Theophilus zeigen recht deutlich, wie die Verfasser der Institutionen die cautio pro suà persona auffaßten. Ihre cautio iudicatum solui, welche für den Procurator geleistet werden muß, enthält das Versprechen, „procuratorem — in iudicio permansurum et ad finem usque litigaturum ac iudicanda soluturum —.“ Nimmt man davon den letzten Zusatz hinweg, so hat man die cautio pro sua persona, welche der Beklagte selbst leisten muß. Nirgends aber ist auch hier eine eigentliche cautio iudicio sisti, d. h. ein Versprechen, überhaupt vor Gericht zu erscheinen, erwähnt. Und doch muß ein solches Versprechen vor-

116. gekommen sein, denn der Beklagte braucht nicht sofort, wenn ihm die Ladung durch den Executor insinuirt wird, den Procurator zu bestellen und für ihn cautio iudicatum solui zu leisten, sondern er kann vor Gericht kommen und da die Bestellung des Procurator, sowie die Cautionsleistung vornehmen. Dafür aber, daß er vor Gericht erscheinen werde, mußte er gewiß dem Executor Bürgen bringen. Und diese Caution kann nicht verstanden sein unter derjenigen, welche der Beklagte neben der cautio iudicatum solui pro sua persona zu bestellen hat, denn diese geht bloß darauf, „se tempore sententiae in iudicio inuentum iri." So wird wohl überall an die eigentliche cautio iudicio sisti in dem Institutionentitel De satisdationibus nicht gedacht. Wenn übrigens erwähnt ist, die cautio iudicatum solui für den Procurator könne auch außerhalb des Gerichts bestellt werden, so ist doch jedenfalls anzunehmen, daß damit nicht gesagt sein soll: sie kann außerhalb des Gerichts dem Executor bestellt werden. Die Bestellung der cautio iudicatum solui setzt einen solennen Stipulationsact voraus. Das Versprechen der solutio iudicati aber konnte nicht dem Executor, sondern mußte dem Gegner geschehen. Der Satz, daß der Stipulator zu Gunsten einer dritten Person sich vom Promissor nichts versprechen lassen könne, stand zu Justinian's Zeiten noch fest.[1]) Wenn daher bei der cautio iudicatum solui der Executor Stipulator gewesen wäre, so würde das Versprechen des Beklagten und seiner Bürgen für den Kläger keine Wirkung gehabt haben. Ein deutlicher Beweis, daß die cautio iudicatum solui überall (auch wenn sie außergerichtlich geschah) dem Kläger bestellt wurde. Ebenso mußte die cautio pro sua persona *etc.*, da sie die Stelle der cautio iudicatum solui vertrat, überall dem Kläger persönlich geleistet werden. Die cautio iudicio sisti aber konnte recht wohl dem Executor gegenüber geschehen, weil da der Beklagte nichts Anderes versprach, als daß er einer bestimmten Aufforderung des Gerichts (der Citation) gehorsamen wolle. Indirect kam freilich die cautio iudicio sisti auch dem Kläger zu

[1]) Fr. 73 § 4 de R. I. (50. 17), Fr. 11 de O. et A. (44. 7) § 4 I. de inutilib. stipulationib. (3. 19).

Gute; direct entstand nur eine Obligation zwischen dem Executor als Creditor und dem Beklagten als Debitor. Der Executor hatte es übernommen, den Beklagten vor Gericht zu bringen, und so ist es natürlich, daß ihm und nur ihm von dem Letzteren und dessen Bürgen versprochen wurde, der Beklagte werde im Termin erscheinen, und daß, wenn dieß nicht geschah, von dem Stipulator eine Klage ex stipulatu auf das Interesse gegen den Beklagten resp. dessen Bürgen angestellt werden konnte. Das Interesse des Executor aber bestand darin, daß er dem Kläger auf dessen Interesse verhaftet war. So wurde, wenn der Beklagte nicht im Termin erschien, der eigentliche Prozeß dem Executor „angehenkt", diesen aber mußten die Bürgen, welche er empfangen hatte, vertreten. Daher ist es zu erklären, wenn Justinian, lediglich den Erfolg der ganzen Sache ins Auge fassend, das Verhältniß so auffaßt, als ob die dem Executor bestellte Caution dem Kläger geleistet worden sei[1]); er zeichnet aber anderwärts[2]) die fragliche Caution dadurch aus, daß er sie eine *δικαστικὴ ἀσφάλεια*, eine dem Gericht geleistete Caution nennt. 116.

In welchen Fällen satisdatio, in welchen eine andere Caution zu bestellen, mag für jetzt unerörtert bleiben. Um uns von dem „quotidianus iudiciorum usus", welchen Justinian erwähnt, ein Bild zu entwerfen, wird es nötig sein, die Geschichte der Gesetzgebung über die Prozeßcautionen seit dem Codex Theodosianus zu verfolgen.

§ 117.

Vierzehn Jahre nach Publication des Codex Theodosianus (a. 452) erließ Valentinian III. eine Constitution[3]), welche eine für uns sehr merkwürdige Stelle enthält:

§ 14. Petitorem iubemus, postquam edito actionis genere aduersarium suum tenuit, et ad respondendum coegit, propositae litis probationibus imminere, quoniam ad damnosam iu-

[1]) Nou. 53 pr.

[2]) Nou. cit. cap. 3 pr. § 2.

[3]) Nou. Valent. III. Tit. XXXIIII. 1 (Haenel).

117\. dicii obseruationem quemquam prius non debet ullus attrahere, quam omnia documenta praepararit, quibus exhibitum in disceptatione conuincat. Quod et scitis ueterum principum continetur. Alias, si quis ad iudicium quem uenire compulerit, et eodem in officio, uel fideiussionis uinculo constituto non urgeat, quo intra quattuor menses institutas peragat actiones, et constiterit iudicem causas alias cognouisse, petitor, qui secretarium uitio suo noluit introire, sumptus expensasque restituat, quoniam actoris tergiuersationem esse non conuenit impunitam. Pulsatus his recuperatis ab obseruationis necessitate, integro petitori negotio, liber abscedat. § 15. Quodsi pulsatus quis adesse neglexerit, euocatus secundum ordinem iuris sententiam excipiat contumacis. Exhibitus sane si de solo pulsatus fuerit, cessante fideiussionis necessitate, periculo negotii obseruationem se subiturum promittat. In pecuniariis autem causis non nisi pro quantitate debiti, quod fuerit postulatum, praesentiae suae fideiussorem dabit, si maluerit subire conflictum: si tamen eum in his locis, in quibus pulsatus fuerit, patrimonium petitae summae conueniens constiterit non habere.

Bethmann-Hollweg[1]) weiß diese Stelle mit der Litisdenunciation nicht zu reimen, und in der That scheinen die Worte „(*petitor*), postquam edito actionis genere aduersarium suum tenuit, et ad respondendum coegit“ *etc.* auf eine ganz andere Einleitung des Prozesses hinzudeuten, als auf diejenige durch Litisdenunciation. Man könnte aber wohl behaupten, es werde im Allgemeinen nur von dem ersten Termine gesprochen, in welchem doch jedenfalls der Kläger seine Klage wiederholen muß, und es sei deshalb von der denunciatio, die als vorhergegangen vorausgesetzt wird, nicht die Rede. Auch könnte man den Ausdruck „edito actionis genere“ auf die denunciatio selbst beziehen, denn es setzte ja der Inhalt derselben „ohne Zweifel den Beklagten auch von der Natur des gegen ihn zu erhebenden Anspruchs in Kenntniß[2]),

---

[1]) A. a. O. S. 253 Not. 36.

[2]) C. 6 C. Th. de denunc. (2.4), C. 4 C. Th. de aduoc. fisc. (10. 15).

so daß sie den Zweck der alten actionis editio erfüllte."[1]) Allein 117. es bleiben dann immer noch die Worte bedenklich: „si quis ad iudicium quem uenire compulerit, et eodem in officio uel fideiussionis uinculo constituto non urgeat, quo intra quattuor menses institutas peragat actiones." Wenn diese von der Versäumniß des dies fatalis durch den Kläger nach vorgängiger Litisdenunciation handelten, so müßte Letzterer sofort sachfällig werden[2]), und es wäre unerklärlich, wie gesagt werden kann, es bleibe demselben auch nachher das „negotium integrum" und er sei nur in die Kosten zu verurteilen. Bethmann-Hollweg[3]) selbst meint, vielleicht gehe die Stelle auf die Nichtfortsetzung der Sache in einem späteren Stadium. Dieß halte ich nun für entschieden richtig, denn schon aus den ersten Worten der Stelle geht hervor, daß ein Prozeß in der Lage vorausgesetzt wird, wo die Litiscontestation erfolgt ist („[*petitor*], postquam edito actionis genere aduersarium suum tenuit, et ad respondendum coegit"). Es geht eben an den Beweis. Diesen nun soll der Kläger parat haben und die Entscheidung nicht durch sein Zögern hinausziehen. Im Einzelnen wird bestimmt, daß der Kläger, welcher den Beklagten gezwungen hat, vor Gericht zu erscheinen, wenn er sich, nachdem der Letztere satisdatio geleistet (darüber unten), nicht bemüht, innerhalb vier Monaten seine schon angestellte Klage durchzuführen, als säumig die Kosten tragen, bezüglich erstatten solle, daß dagegen der Beklagte ohne Rücksicht auf den anhängigen Prozeß frei davongehen möge („pulsatus ... ab obseruationis necessitate, integro petitori negotio, liber abscedat"); natürlich Alles nur unter der Voraussetzung, daß die Schuld der Verzögerung nicht an dem Richter liege. Dabei zeigen die Worte: „si quis ad iudicium quem uenire compulerit, et eodem in officio uel fideiussionis uinculo constituto non urgeat" recht handgreiflich, daß der Beklagte im ersten Termin bereits er-

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 249.

[2]) Symmachus Ep. X. 52. C. 1 C. Th. de temp. curs. (2. 6). Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 250.

[3]) A. a. O. S. 295 Not. 25.

117. schienen war und sich da sogar durch Bürgenstellung verpflichtet hatte, während der Dauer des Prozesses im Gerichtsbezirk anwesend zu bleiben, resp. zu weiteren Prozeßhandlungen sich finden zu lassen und gehorsam zu erscheinen. Anders kann ich die Worte „in officio uel fideiussionis uinculo constituto“ nicht erklären.[1]) Wenn nun bestimmt ist, daß der Kläger „intra quattuor menses institutas peragat actiones“, so heißt dieß nichts Anderes, als: Der Kläger soll innerhalb vier Monaten, nachdem der Beklagte die satisdatio bestellt hat, seine Klage durch Beibringung des Beweises durchführen. Befolgt er dieß nicht, so bleibt zwar der Prozeß für ihn in der bisherigen Lage (integro petitori negotio), aber er muß die Kosten des bisherigen Verfahrens tragen und der Beklagte kann „ab obseruationis necessitate . . . . liber“ davongehen. Dieser Satz sagt nun: Der Beklagte mag dann von seiner durch satisdatio gesicherten Verpflichtung, bis zu Ende des Prozesses im Gerichtsbezirk auszuharren, befreit sein, oder, mit anderen Worten, die von dem Beklagten geleistete Caution soll nur vier Monate wirksam bleiben. Hat innerhalb dieser Zeit der Kläger den Prozeß nicht weiter gefördert, so ist es dann seine Sache, den Beklagten an Gerichtsstelle zu schaffen; es hat die für den Beklagten durch die Caution eingetretene „obseruationis necessitas“ aufgehört. Daher ist es unrichtig, wenn Bethmann-Hollweg[2]) unsere Stelle benützt, um zu beweisen, daß bei contumacia des Klägers nach Untergang der Litisdenunciation „nach Analogie der extraordinaria cognitio nur eine absolutio ab instantia unter Verurteilung des Klägers in die Kosten eingetreten sei“, denn 1. steht es nicht fest, daß zur Zeit des Erlasses der Constitution die Litisdenunciation überhaupt schon untergegangen war; 2. geht die Stelle — wie es Bethmann-Hollweg selbst als möglich zugiebt — nicht auf die contumacia des Klägers

---

[1]) „In officio constituto“ heißt: nachdem der Beklagte in dem officium örtlich sichergestellt, d. h. in dem Bezirk, wo die Officialen jederzeit seiner habhaft werden können, festgehalten ist: „uel fideiussionis uinculo“, d. h. sogar durch das Band der Bürgschaft.

[2]) A. a. O. S. 295.

durch Nichterscheinen im ersten Termin, sondern lediglich auf seine 117. Lässigkeit im Beibringen des Beweises; 3. endlich und hauptsächlich ist nirgends von einer eigentlichen absolutio ab instantia des Beklagten die Rede, vielmehr wird ausdrücklich gesagt, daß der Prozeß[1]) für den Kläger im alten Stadium bleiben solle, während der Beklagte von seiner Caution befreit werde. Ich sehe nach alle dem nicht ein, warum die Stelle sich nicht mit der Litisdenunciation vertragen soll. Doch hege ich allerdings auch die Vermutung, daß zur Zeit des Erlasses der Constitution es wohl schon allgemein Sitte geworden war, die Denunciation immer vor dem competenten Richter in Abwesenheit des Beklagten vorzunehmen, und daß die Benachrichtigung des Beklagten von der geschehenen Denunciation vielleicht mit einer förmlichen Ladung des Richters verbunden war, bei der man nicht immer streng die Beobachtung des fatale denunciationis einhielt (s. oben § 93 a. E.). Für die Geschichte der Cautionen aber ist die Verordnung sehr wichtig, weil wir daraus ersehen, daß Valentinian III. vom Beklagten „satisdatio pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis“ bestellt haben will.

§ 118.

In dieser Beziehung ist nun namentlich § 15 der Constitution zu beachten. Zunächst wird die contumacia des Beklagten rücksichtlich des Erscheinens im ersten Termin erwähnt und dabei auf das bestehende Recht verwiesen. Auffallend ist, daß keine satisdatio iudicio sisti vorausgesetzt, sondern bloß gesagt wird:

— si pulsatus ... adesse neglexerit, euocatus secundum ordinem iuris sententiam excipiat contumacis.

---

[1]) Negotium. Vgl. über diese Bedeutung von negotium ULPIANUS Fr. 10 pr. de offic. Procons. et Leg. (1. 16), Fr. 3 § 8 de negot. gest. (3. 5), Fr. 1 pr., Fr. 3 § 3 de calumniat. (3. 6), Fr. 5 pr. de obseq. par. (37. 15). CALLISTRATUS Fr. 9 vgl. mit IULIANUS Fr. 8 de off. Praes. (1. 18); besonders GAIUS IIII. 184 vgl. mit 141 und 129. SCAEVOLA Fr. 64 de re iudic. (42. 1).

118. Wäre eine cautio iudicio sisti vorhergegangen, so müßte notwendig erwähnt sein, daß der Kläger sich an die Bürgen halten könne.

Weiter heißt es: Der im Termin erschienene Beklagte („exhibitus", offenbar im Gegensatz zu „si pulsatus . . . adesse neglexerit") aber muß, wenn er rücksichtlich eines Grundstücks belangt ist, promissorische Caution leisten: „periculo negotii obseruationem se subiturum." Satisdatio braucht er, da das Streitobject eine res immobilis ist, also nicht davongetragen werden kann, nicht zu bestellen. „In pecuniariis autem causis", d. h. im Gegensatz zu dem Vorhergehenden: In Sachen, wo das Streitobject eine Mobilie (Quantität und wohl auch individuelle Sache [?]) ist, soll der Beklagte einen „fideiussor praesentiae suae" geben, und zwar braucht sich der Bürge lediglich bis zum Betrag der eingeklagten Forderung zu verpflichten. Doch auch in diesem Fall ist die satisdatio erlassen, wenn der Beklagte innerhalb des Gerichtssprengels Grundvermögen, welches an Wert der eingeklagten Forderung mindestens gleichkommt, besitzt.

Hier haben wir das, was wir im Codex Theodosianus vergeblich suchten, eine neue Cautionsordnung. Es ist dabei einleuchtend und bedarf keines weiteren Beweises, daß überall nicht von dem freiwilligen Vadimonium resp. der cautio iudicio sisti die Rede ist. Vielmehr wird von einer Caution gesprochen, welche der Beklagte im ersten Termin zu bestellen hat. Diese ist aber nicht mehr die alte cautio iudicatum solui. Letztere mit ihrer feinen Theorie und complicirten Fassung paßte nicht in die Zeit juristischen Unvermögens und war in Vergessenheit geraten, als man anstatt ihrer dem Kläger überall durch Sequestration des Streitobjects Sicherheit zu verschaffen suchte. Schon Honorius war dem allzugroßen Uebergreifen der Sequestration entgegengetreten (s. oben §§ 99 ff.); allein er hatte es unterlassen, neue Regeln über die Cautionsleistung des Beklagten im Prozeß aufzustellen, und so ist es denn erklärlich, daß die Praxis sich in einiger Verlegenheit befand, der man dadurch abzuhelfen sich bemühte, daß man überall, wo die Sequestration verboten war, Realcaution durch satisdatio bestellen ließ. Dabei hatte man aber

nicht die Kraft und die Kenntniß, zu der alten cautio iudicatum solui zurückzukehren, und man begnügte sich damit, den Beklagten lediglich anzuhalten, einen fideiussor seiner praesentia oder seiner obseruatio negotii, oder mit anderen Worten eine cautio pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis zu bestellen. Dabei war das alte Recht in mehrfacher Beziehung nicht beachtet und es mag oft vorgekommen sein, daß sich keine idonei fideiussores fanden, welchenfalls man doch wieder zur Sequestration schreiten und den Gewaltthätigkeiten und Bedrückungen der Executoren freien Lauf lassen mußte. So sieht sich denn Valentinian III. veranlaßt, das verwirrte Verhältniß zu ordnen und durch milde, so weit als möglich dem alten Recht sich anschließende Bestimmungen dem drückenden Zustand ein Ende zu machen. 118.

Daß aber die Bestimmungen Valentinian's noch milder sind, als diejenigen des alten Rechts, erhellt, wenn wir bedenken, daß nach diesem nur die wirklichen possessores unbeweglicher Sachen von der satisdatio befreit sind, während nach Valentinian überhaupt keine Bürgenbestellung nötig sein soll, sobald das Streitobject ein Grundstück, also z. B. auch wenn der Beklagte nicht possessor, sondern nur detentor nomine alieno ist. Ferner wird die satisdatio bei Geld- und anderen Forderungen überhaupt ausgeschlossen, sobald der Beklagte im Bezirk des Gerichts, wo die Sache anhängig gemacht ist, hinlängliches Grundvermögen besitzt. Bei dem Streit um unbewegliche Sachen soll der Beklagte bloß promissorische Caution leisten („— periculo negotii obseruationem se subiturum promittat"), und ebenso wohl auch bei anderen Sachen, sobald er wegen seines Grundvermögens keine Bürgen zu bestellen braucht. Ueberall aber geht die Caution (sowohl die promissorische, als diejenige durch Bürgen) bloß auf die praesentia oder auf die obseruatio negotii, wobei jedoch zu bemerken, daß bei Bestellung namentlich von fideiussorischer Caution auf die Größe des Streitobjects Rücksicht genommen wurde, zweifellos mit Hinsicht auf den möglichen Fall, daß der Bürge anstatt des Beklagten in Anspruch genommen werde. So ist denn bei dieser Caution auch eine gewisse Berücksichtigung des

118. iudicatum solui vorhanden, allein die Fassung der Caution selbst differirt weit von derjenigen der cautio iudicatum solui. Daß in den einzelnen Fällen, für welche anstatt der Caution Sequestration speciell angeordnet war, diese fortbestand, bezweifle ich nicht. Jene Zulässigkeit der Sequestration ist im älteren Recht als Ausnahme zu betrachten. Eine neue Rechtsregel aber hebt die Ausnahmen der alten im Zweifel nicht auf.

§ 119.

Neben der Caution der Novelle Valentinian's III. finden wir aber später auch eine cautio iudicio sisti oder, wenn wir sie so nennen wollen, ein Vadimonium, welches dem Executor nach insinuirter Ladung sofort geleistet werden mußte. Bei der Litisdenunciation war, wie Aurelius Victor[1]) ausdrücklich berichtet, das außergerichtliche Vadimonium hinweggefallen; es wurde also bei der denunciatio von Seiten des Beklagten keine Caution für sein Erscheinen im ersten Termin bestellt. Man bediente sich deshalb anfänglich dieses bequemeren Mittels, den Prozeß einzuleiten, wohl nur solchen Beklagten gegenüber, von denen anzunehmen war, daß sie auch ohne Caution erscheinen würden, während man bei verdächtigen Personen die in ius uocatio gebrauchte und sich Vadimonium bestellen ließ. So erklärt sich das Fortbestehen des Vadimonium neben der denunciatio.[2]) Ich glaube, daß man selbst nach Aufhebung des ordo iudiciorum priuatorum die in ius uocatio und das Vadimonium in den eben erwähnten Fällen noch anwendete; freilich wurde der Gebrauch derselben immer seltener, je mehr die litisdenunciatio sich ausbildete und als Regel galt. Es stand die in ius uocatio und das Vadimonium zur Denunciation in demselben Verhältniß der Anwendung, wie unser Arrestprozeß zur ordentlichen Einleitung des Verfahrens.

---

[1]) De Caes. c. 16. 11: „Legum ambigua mire distincta uadimoniorumque solenni remoto denunciandae litis opperiendaeque ad diem commode ius introductum."

[2]) Keller, Röm. Civilprozeß § 48 S. 198 Not. 563. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 248.

Daraus erklärt sich, daß selbst in späterer Zeit, wenngleich sehr selten, das Vadimonium noch hie und da erwähnt wird[1]) und daß bei der litisdenunciatio nie cautio iudicio sisti des Beklagten vorkommt. Erst als die Vornahme der Denunciation vor dem competenten Richter in Abwesenheit des Beklagten immer häufiger wurde, mag es vorgekommen sein, daß der Kläger, um die langen gesetzlichen Fristen zu umgehen, ohne eigentliche Denunciation den Richter um die Anberaumung eines Termins ersuchte und zugleich die Bitte hinzufügte, den Beklagten aufzufordern, in diesem zu erscheinen. Freilich konnte anfänglich der Beklagte dieses Ansinnen jedenfalls zurückweisen und darauf beharren, daß die gesetzliche Einleitungsform des ordentlichen Verfahrens vorzunehmen sei. Allein in diesem Fall war ja der Kläger befugt, zur in ius uocatio und zum Vadimonium seine Zuflucht zu nehmen, und es wird, um dieser Fatalität zu entgehen, ein besonnener Beklagter lieber der Aufforderung des Richters, in dem anberaumten Termin gegenwärtig zu sein, sich gefügt haben. Er verpflichtete sich daher durch besonderes Versprechen, die von dem Richter bestimmte Tagfahrt zu beobachten, und dieses Versprechen leistete er, wie natürlich, dem Unterbeamten des Richters, der ihm die richterliche Aufforderung überbrachte. So entstand denn wieder eine zunächst nur freiwillige Caution bei der Einleitung des Verfahrens. Da sich aber diese Einleitungsform durch Bequemlichkeit und Kürze auszeichnete, wurde sie bald sehr gebräuchlich. Man gewöhnte sich, die Aufforderung des Richters als förmliche Ladung anzusehen, und sie ging auch bald in eine solche über. Das anfängliche freiwillige Versprechen, im anberaumten Termin zu erscheinen, wurde ein notwendiges, also eine cautio necessaria, auf die man die von den prozessualischen Cautionen im Allgemeinen geltenden Grundsätze anwendete. So wuchs die Einleitung des Verfahrens durch litisdenunciatio in diejenige Einleitungsart hinüber, die wir im Justinianischen Recht finden. Doch kommt es uns urkundlich nicht zur Anschauung, in

[1]) Z. B. Moss. et Romm. LL. collatio II. 6, 1. Vgl. auch Apuleius Met. IIII. 12; IIII. 18; VIIII. 22; X. 4 (Hildebrand). Ammianus Marcellinus XXX. 4.

119. wie weit dieser Uebergang ein bloßes Product des Gewohnheitsrechts und Gerichtsgebrauchs war und in wie weit kaiserliche Constitutionen unterstützend einwirkten. Die in dem Folgenden zu betrachtenden Constitutionen setzen schon überall die neue Einleitungsform voraus.

§ 120.

Im Codex Iustinianeus befindet sich eine Reihe von Verordnungen früherer Kaiser, welche sich auf die neuere cautio iudicio sisti, sowie auf die andere neue prozessualische Caution, die wir kennen lernten, beziehen. Dahin gehören zunächst:

C. 25 § 1 de episcopis (1. 3):

Imp. MARCIANUS A. Constantino PP. Memorati autem reuerendissimi clerici orthodoxarum ecclesiarum, quae sub uiro religiosissimo antistite huius inclytae urbis sunt, in causa, in qua uel ipsi, uel procuratores, quos pro se dederint, sententiarum tuarum auctoritate pulsantur, executoribus, per quos coeperint conueniri, fideiussorem sacratissimae huius urbis ecclesiae oeconomum uel defensorem praebeant, qui usque ad quinquaginta libras auri fideiussor existat. Ipse uero reuerendissimus oeconomus almae huius urbis ecclesiae, lite pulsatus, fideiussorem pro se non praebeat, utpote qui et aliorum clericorum fideiussor futurus est, sed fidei suae committatur. Quodsi lis diuersorum (excepto reuerendissimo oeconomo) clericorum, quae agitanda sit, memoratam summam uideatur excedere, clericus lite pulsatus det executori pro residua quantitate cautionem suam, cui nullum tamen insertum erit iusiurandum, quia ecclesiasticis regulis et canone, a beatissimis episcopis antiquitus instituto, clerici iurare prohibentur. Dat. VIII .... April. Varane et Ioanne Coss. [456].

C. 33 [32] § 2 eod.:

Impp. LEO et ANTHEMIUS Erythrio PP. Praeterea quum in prouinciis ex eius, qui regit prouinciam, fuerint sententia uel interlocutione conuenti, siue illi sacerdotes, siue cuiuscunque gradus clerici, siue monachi habeantur, dummodo approbentur orthodoxi, qui in propriis causis contractibusue pulsantur, non

alios, quam ecclesiae propriae defensores, seu quos oecono- mos appellant, fideiussores praebeant, ne, dum executoris pertinax et auara proteruitas extraneos et idoneos fideiussores flagitat, multiplex innoxiae paupertati infligatur incommodum.[1]

120.

Die erste dieser Verordnungen handelt von der dem Executor zu leistenden cautio iudicio sisti und beweist uns, daß schon zu Marcian's Zeiten die neue Einleitungsart des Prozesses angewendet wurde. Etwas Näheres aber erfahren wir über unsere Caution nicht, außer daß „clerici orthodoxarum ecclesiarum, quae sub uiro religiosissimo antistite inclytae urbis (*Constantinopol.*) sunt" insofern privilegirt werden, als für sie der oeconomus der (Constantinopolitanischen) Kirche als tauglicher Bürge anerkannt wird, und insofern durch diesen nur bis zu fünfzig Pfund Goldes Bürgschaft zu gewähren ist; rücksichtlich des Ueberschusses braucht nur nuda repromissio geleistet zu werden; der oeconomus selbst wird von der satisdatio ganz befreit. Wir können aus dieser Constitution höchstens entnehmen, daß im Allgemeinen die Höhe der Caution sich nach dem Betrag des Streitobjects richtete. Die Worte „sententiarum tuarum auctoritate pulsantur" sind auf die richterliche Entscheidung zu beziehen, durch welche, auf eingereichte Klage, Citation des Beklagten anbefohlen worden ist.

Die zweite der Constitutionen dehnt das geschilderte Privilegium der Constantinopolitanischen Cleriker auch auf die orthodoxen Cleriker der Provinzen aus, indem für diese die oeconomi ihrer Kirche immer taugliche Bürgen sein sollen. In den Worten „quum ... ex eius, qui regit prouinciam, fuerint sententia uel interlocutione conuenti" ist sententia und interlocutio jedenfalls gleichbedeutend. Der Kaiser braucht erst den Ausdruck sententia, corrigirt sich aber gleichsam, indem er hinzufügt: uel interlocutione.

---

[1] Die Subscription dieser Constitution ist verloren, doch scheint sie, ihrer Stellung zwischen den unter das Consulat des MARCIANUS und ZENO fallenden CC. 31 und 35 tit. eiusd. gemäß, ebenfalls in jenes Consulat, also in das Jahr 469 zu gehören. Vgl. A. HERRMANN in seiner Ausgabe des Cod. Iustin. ad h. l.

120. Der § 3 der Constitution spricht von der cautio iudicio sisti, wenn Cleriker der Provinz in Constantinopel anwesend sind und da verklagt werden.

§ 121.

Eine weitere Spur der cautio iudicio sisti begegnet uns in C. 4 de castrensib. (12. 26) von den Kaisern Leo und Zeno (also jedenfalls aus dem Jahr 474). Die Constitution ist an den magister officiorum Marcianus gerichtet und enthält im Pr. eine Bestimmung über den Gerichtsstand mancher in einem besonderen, uns aber nicht bekannten Anhang zu dem Gesetz näher bezeichneten („quorum officia sigillatim breuis subter annexus continet"), zum kaiserlichen Hofdienst bestimmten Officialen eines höheren oder niederen, mit eigener Jurisdiction versehenen kaiserlichen Beamten.

Dann heißt es:

§ 1. Sed ne in hoc ipso iudicio enormiter molestentur dispendiis, uel ex nudis conueniantur facile iudicis cuiuscunque mandatis, ipsis quoque sportulis et fideiussionibus modum constituimus obseruandum, ante omnia decernentes, ne quando sine scriptura uel interpellatione deposita, ac sententia prorogata tuae magnitudinis, eademque non edita, conueniri, possint, conuentos uero non alium fideiussorem, nisi actuarium uel unum ex primatibus suae scholae exsecutoribus pro responsione suae personae sine scripto praestare, siue per se ipsos, siue per procuratorem datum in iudicio responsuri sunt, et siue in causis ciuilibus appetantur, siue in criminalibus accusentur.

Hier wird folgender Prozeßgang anbefohlen: Es soll eine schriftliche Klage[1]) eingereicht und darauf eine sententia, d. h. ein Interlocut des Richters (jedenfalls über die Zulässigkeit der Klage resp. des Vorladungsbefehls) erfolgen. Der so Belangte muß dem Executor Bürgen geben „pro responsione suae personae."

---

[1]) Interpellatio heißt oft Klage. Vgl. z. B. Paullus Fr. 23 de iudiciis (5. 1). Imp. Constantinus C. 3 si propter publicas pensitationes (4. 46). Imp. Iustinianus C. 20 de donationib. (5. 3). Imp. Zeno C. 17 de dignitatibus (12. 1).

Das war jedenfalls zu Zeno's Zeiten der ordentliche und ge- 121.
wöhnliche Prozeßgang, diesem blieben auch die betreffenden Officialen unterworfen; nur in Bezug auf die Idoneität gewisser Bürgen werden sie privilegirt, ebenso wie oben die clerici. Von Wichtigkeit aber ist für uns, daß die Cautionsbestellung dem Executor gegenüber geschah pro responsione suae personae, d. h. daß sie darauf gerichtet war, daß der Beklagte zur Litiscontestation erscheinen wolle, keineswegs aber darauf, daß er bis zu Ende des Prozesses im Gerichtssprengel ausharren und Gerichtsfolge leisten werde.

In den folgenden Paragraphen der Constitution wird noch mehrere Male der cautio iudicio sisti gedacht, doch beziehen sich diese Erwähnungen nicht auf den Inhalt der Caution, sondern wieder auf die Idoneität der Bürgen, bezüglich darauf, daß in gewissen Fällen anstatt der Satisdation cautio iuratoria genügen soll.

§ 122.

In ähnlicher Weise wird in einer Constitution Zeno's vom Jahr 484 von der cautio iudicio sisti gesprochen.

C. 8 de principib. agentium in rebus (12. 22):

— nullasque iisdem (*principibus scholae agentium in rebus*) concussiones aut uexationes in praebendis fideiussoribus ingeri, sed eos fideiussores, quos locorum defensor existimauerit, dare, ita uidelicet, ut pro tenore generalium edictorum hi, qui uel in sacratissima urbe uel in prouinciis immobiles possident facultates, adiuratoriae cautioni et substantiae suae credantur. Hoc etiam adiiciendo, ut nunquam nisi ex sententia in scriptis prolata penitus moneantur.

Ebenso in einer Constitution desselben Kaisers, welche der subscriptio entbehrt und daher nur zwischen 475 und 491 gesetzt werden kann:

C. 3 de priuilegiis scholarum (12. 30):

Quoties super causa ciuili uel etiam criminali, ex sententia uidelicet iudicii tui culminis, scholares uel eorum coniuges (siue adhuc uiuent mariti, siue post mortem eorum in uidui-

122. tate constitutae sunt), matresue eorum in uiduitate permanentes, aut liberi, qui non specialiter alterius iudicis iurisdictioni subiectam conditionem sortiti sunt, et serui ad eos pertinentes conueniuntur, minime eos easue extranei fideiussoris exactione uexari, sed pro consuetudine uetustissima et iugiter obseruata numerarium suae scholae fideiussorem praebere iubemus. — § 3. — — Hoc etiam adiiciendo, ut, qui acceptis commeatibus ad prouincias profecti fuerint, usque ad quinque mensium spatium, intra quod ipsis erit remeandi licentia, nullam penitus actionem, super ciuili uidelicet negotio (exceptis criminibus et tributariis functionibus) sustineant. Ne tamen ibi quoque, post quinque scilicet commeatus menses, ex sententia iudicii tuae magnitudinis conuenti in exigendis fideiussoribus aliquod sentiant detrimentum, adiuratoriae eos cautioni iubemus committi.

§ 123.

Noch gehört hierher eine griechische Constitution vom Jahr 530, welche uns zwar nicht wörtlich, aber in einem, wie es scheint, ziemlich genauen Auszug der Basiliken[1]) erhalten ist.

C. 4 § 1 de sportulis (3. 2):

Μήτε δὲ προφάσει ἐγγυῶν ἀλόγως ζημιούσθωσαν οἱ ὑποτελεῖς παρὰ τῶν πρακτήρων, ἢ ὑπὲρ στάσεως ἐντολέως. Ἀλλ' εἰ μὲν ἀκίνητον κτῆσιν ἔχουσιν, ἐξωμοσίας ἐκτιθέσθωσαν γραμματεῖον, εἰ δ' οὐκ ἔχουσιν, ἐγγυητὴν ἕως πεντήκοντα χρυσίου λιτρῶν παρεχέτωσαν ἀζήμιον. Ἀμφιβολίας δὲ γινομένης περὶ τοῦ προςώπου τοῦ ἐγγυητοῦ, ἢ περὶ τοῦ ὕφεος, τῆς ἐξωμοσίας, παρὰ τῷ ἐπισκόπῳ τῆς πόλεως καὶ τῷ πατρὶ καὶ τῷ ἐκδίκῳ τὰ περὶ τούτου κρινέσθω, ἀνάγκην ἔχοντος τοῦ πρακτῆρος δέχεσθαι τὸν κρινόμενον ἀξιόπιστον ἐγγυητήν, μηδὲν ὑπὲρ τοῦ ἐγγυητοῦ ἢ τῆς ἐξωμοσίας κομιζόμενον. Ἐὰν δὲ ἐκ θείας κελεύσεως ἢ μεγίστης προςτάξεως ἐπιτραπείη πάντως τὸ πρόςωπον ἀναγαγεῖν, καὶ μὴ καταπιστεῦσαι αὐτὸ ἐγγυητῇ, τότε ἐξέστω αὐτῷ μὴ λαμβάνειν ἐγγυητήν, ἀλλὰ διάγειν τὸ πρόςωπον

[1]) Basil. VII. 6, 20 (Heimb. T. I p. 289). Vgl. Cuiacius Obss. XII. 22.

ἀζημίως καὶ μετὰ πάσης φειδοῦς. Ὁ δὲ θεοφιλὴς τῶν 123.
τόπων ἐπίσκοπος ἐὰν συγχωρήσῃ παραβαθῆναι τὸν νόμον,
ἢ μὴ μηνύσῃ κατὰ τοῦ παραβαίνοντος, καὶ τῷ Θεῷ προς-
κρούει, καὶ βασιλικῆς πειραθήσεται κινήσεως. Ὁμοίως δὲ
καὶ ὁ ἄρχων τῆς ἐπαρχίας, εἰ ῥᾳθυμήσει τοῦ νόμου, καὶ
παύεται τῆς ἀρχῆς, καὶ δημευθεὶς διηνεκῶς ἐξορίζεται.

Im pr. der Constitution waren über die Einleitung des Verfahrens Regeln gegeben, ähnlich wie in Nou. 53. Dann heißt es: Provinzialen, welche Grundbesitz haben, sollen bloß iuratorische Caution, Provinzialen ohne Grundbesitz sollen einen Bürgen bis zu dem Betrag von fünfzig Pfund Goldes stellen. Damit ist jedenfalls die dem Executor zu leistende cautio iudicio sisti gemeint. Streitigkeiten über die Idoneität der Bürgen oder über die Fassung der iuratorischen Cautionsformel sollen von dem Bischof und dem Defensor der Stadt entschieden werden. Nur wenn ein kaiserlicher Befehl vorliegt, den Beklagten mit persönlicher Haft zu belegen, soll der Executor nicht verbunden sein, Bürgen für die Person des Beklagten anzunehmen; doch soll der persönliche Arrest mit aller Mäßigung und Schonung vollzogen werden.

Die Bischöfe sind beauftragt, über die strenge Beobachtung dieses Gesetzes zu wachen und Contraventionen dagegen anzuzeigen. Ebenso wird auch den Praesides prouinciarum eingeschärft, von demselben nicht abzuweichen.

Durch diese Verordnung wird unsere Kenntniß nur in Bezug auf die Anwendung der Cautionsmittel gefördert. Als etwas Neues tritt uns der Personalarrest entgegen, welcher diuina iussione aut summa praeceptione angeordnet werden konnte.

Rücksichtlich der Notwendigkeit von Bürgenstellung bis zu fünfzig Pfund Goldes ist noch zu erwähnen eine in unbekannter Zeit, jedenfalls aber nach 382[1]) erlassene Constitution, welche ebenfalls nur im Auszug der Basiliken[2]) auf uns gekommen ist:

C. 8 § 7 de delatorib. (10. 11):

Τοὺς δὲ καταγγελθέντας, ἐὰν μὲν τὰ παρ᾽ αὐτῶν κατεχό-

[1]) Aus diesem Jahr ist C. 6 de delatorib. (10. 11), die letzte Constitution mit bekanntem Datum, welche der C. 8 eod. vorhergeht.

[2]) Basil. LVI. 7, 8 (Heimb. T. V p. 161).

123\. *μενα πράγματα, ἤτοι ἡ οὐσία πᾶσα ἐλάττων εἴη τῶν πεντήκοντα τοῦ χρυσίου λιτρῶν, πρὸς τὴν διατίμησιν αὐτῶν τὰς ἐγγύας διδόναι· εἰ δὲ ὑπερβαίνει τὰς πεντήκοντα λίτρας, ἄχρι μὲν τῶν πεντήκοντα παρέχειν καὶ αὐτοῖς τὰς ἐγγύας. Ἐπὶ δὲ τῇ λοιπῇ ποσότητι διόμνυσθαι προστιθέντας ἐν τῇ ἐξομοσίᾳ, ὡς προσεδρεύσωσι τῷ δικαστηρίῳ αὐτοὶ, ἢ οἱ τούτων ἐντολεῖς, καὶ οὐκ ἀπολειφθήσονται τοῦ δικαστηρίου τῶν θείων ἰδικῶν τοῦ βασιλέως. Ἐὰν δὲ μὲν τὴν ἐξομοσίαν ἀπολειφθέντες τρίτον κληθεῖεν, ἑκάστης κλήσεως ὑπὲρ δέκα ἡμέρας γενομένης, γένηται δὲ καὶ τρία κατ᾽ αὐτῶν κηρύγματα, καὶ μήτε οὕτως φανεῖεν αὐτοὶ, ἢ οἱ ἐντολεῖς αὐτῶν, ἢ διεκδικηταί, ἐπιβαινέτω μὲν τοῖς πράγμασι τὸ ἱερώτατον ταμεῖον, φυλάττεσθαι δὲ τὸ ἀπόκριτον τοῖς ἀπολιμπανομένοις.*

Die ganze Constitution handelt nur von Denjenigen, welche fiscalische Güter besitzen und auf geschehene Denunciation von dem aduocatus fisci belangt werden. Wenn das Streitobject weniger als fünfzig Pfund Goldes an Wert beträgt oder das Vermögen des Beklagten überhaupt noch nicht diesen Betrag erreicht, sollen Bürgen bis auf den Betrag der ästimirten Summe, wenn aber der Streitgegenstand fünfzig Pfund Goldes oder mehr beträgt, müssen Bürgen gerade auf fünfzig Pfund Goldes bestellt werden. Rücksichtlich des Ueberschusses ist iuratorische Caution zu leisten. Die letztere Caution soll den Zusatz enthalten:

ὡς προσεδρεύσωσι τῷ δικαστηρίῳ αὐτοὶ, ἢ οἱ τούτων ἐντολεῖς, καὶ οὐκ ἀπολειφθήσονται τοῦ δικαστηρίου τῶν θείων ἰδικῶν τοῦ βασιλέως.

Diese Worte bezeichnen nicht zwei verschiedene Dinge, sondern sie enthalten bloß das Versprechen des Beklagten: daß er oder sein Procurator vor Gericht anwesend sein und demselben sich nicht entziehen werde, also das Versprechen, „se aut procuratorem in iudicio permansurum et ad finem usque litigaturum.“ Es handelt daher diese Constitution nur von der in den Institutionen erwähnten, an die Stelle der cautio iudicatum solui getretenen Caution, nicht aber von der cautio iudicio sisti. Dieß geht aus dem ganzen Zusammenhang der Constitution hervor,

indem offenbar von einem schon zur wirklichen Litispendenz ge- 123. kommenen Prozeß gesprochen wird, in welchem Verhandlungen über die Größe des Streitobjects und des Vermögens des Beklagten vorhergegangen sind, während ja die cautio iudicio sisti auf einseitiges Andringen des Klägers geleistet wird und nur auf das Erscheinen in dem ersten, schon anberaumten Termin gerichtet ist.[1])

§ 124.

Wenn sich nun nicht läugnen läßt, daß die beiden Cautionen, welche wir oben kennen lernten, in den aufgeführten Stellen nicht recht deutlich voneinander gehalten werden, so hat das seinen Grund darin, daß sich, wie aus Nou. 53 hervorgeht, die Praxis um die Theorie wenig kümmerte und der Bequemlichkeit wegen wohl oft nur die zweite Caution forderte, und zwar gleich bei der Ladung durch den Executor, ebensogut wie es vorkam, daß der Beklagte ohne Weiteres exhibirt, d. h. vor Gericht geführt wurde. Dieser schlimme Zustand der Praxis wirkte verwirrend auf die Gesetzgebung und wir finden so meistens bloß eine Caution erwähnt, wo von mehreren die Rede sein sollte.

Das zur Zeit des Erlasses der Justinianischen Rechtsbücher geltende Recht aber war nach dem Vorhergehenden folgendes:

1. Der Beklagte mußte regelmäßig zwei successiv aufeinander folgende Cautionen bestellen,

a. die cautio iudicio sisti[2]), welche dem Executor dafür ge-

---

[1]) Vgl. noch Iustinianus C. 26 § 6 de episcopal. audient. (1. 4) a. 530.

[2]) Daß diese Caution zur nämlichen Zeit auch im ehemaligen westlichen Reich angewendet wurde, beweist Edict. Theodorici c. LXXIII (Ed. Rhon): Auctoritates quorumlibet iudicum, uel praecepta cuiuslibet sedis ac potestatis, sola publica seruata ciuilitate exequantur officia: et conuentum sufficiat promittere, se ad iudicem esse uenturum, nihil ultra praesumat apparitor. Vgl. auch Consultatio c. 6, Lex Rom. Burg. tit. II, Westgothische Interpretation ad CC. 1. 4. 6 C. Th. de denunc. (2. 4). Die letzteren Stellen freilich beweisen ohne specielle Erwähnung der Caution nur im Allgemeinen, daß die Litisdenunciation in den betreffenden Ländern nicht mehr gebräuchlich war.

121. leistet wurde, daß der Beklagte zum ersten Termin erscheinen werde,

b. die von dem Beklagten im ersten Termin aufzumachende cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis.

2. Diese beiden Cautionen stehen, was die Höhe derselben, Cautionsmittel 2c. anbetrifft, wesentlich unter denselben Grundsätzen. Diese aber sind:

a. als Regel wird anerkannt, daß fideiussorische Caution zu bestellen ist;

b. nur Besitzer unbeweglicher Sachen, und in einem Streit um Grundstücke auch Beklagte, die Nichtbesitzer sind, brauchen bloß durch nuda repromissio zu caviren;

c. die Höhe der Cautionen richtet sich nach dem Betrag des Streitobjects und wird durch den Richter bestimmt, doch soll

α. der Bürge sich bloß bis zu dem Betrag von fünfzig Pfund Goldes verpflichten und

β. rücksichtlich des Ueberschusses iuratorische Caution geleistet werden.

§ 125.

Es fragt sich nun, was geschah, wenn die zur Bestellung der Cautionen Verpflichteten sich böslich weigerten oder nicht im Stande waren, dieselbe (z. B. die Bürgen) aufzubringen? Bethmann-Hollweg[1]) behauptet, es trete dann Realcitation ein, d. h. der Beklagte müsse dem Executor folgen und werde von ihm bewacht oder im gerichtlichen Gefängniß gehalten; nur Frauen und gewisse privilegirte Personen seien davon befreit. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergiebt sich aus einer Prüfung der Stellen, auf welche sich der angeführte Schriftsteller beruft:

C. 2 C. Th. de exsecutorib. (8. 8):	C. 1 C. I. de sportulis (3. 2):
Imppp. GRATIANUS, VALENTINIA-	Imppp. GRATIANUS, VALENTINIA-

[1]) A. a. O. SS. 257. 258.

nus et Theodosius AAA. ad Potitum, Vicarium. Quisquis fuerit exhibitus, usque ad negotii terminum ab eo, cui primum traditus fuerat, obseruari eum apparitore decernimus; si qua praesumptione fuerit haec mansuetudinis nostrae posthabita praeceptio, primiscrinio, qui iussa temerauerit, quinque librarum auri condemnatione mulctando. Dat. VIII Kal. Nou. Ausonio et Olybrio Coss. [379].

C. 3 C. Th. de exactionib. (11. 7):

Imp. Constantinus A. ad Populum. Nemo carcerem plumbatarumque uerbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum reperta supplicia in debitorum solutionibus uel a peruersis uel ab iratis iudicibus expauescat. Carcer poenalium, carcer hominum noxiorum est, officialium et, cum denotatione, eorum iudicum, quorum de officio coerciti citatiores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. Securi iuxta eam transeant solutores: uel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usus

nus et Theodosius AAA. ad Potitum, Vicarium. Quisquis fuerit exhibitus, usque ad negotii terminum ab eo apparitore, cui primum traditus fuit, obseruari eum decernimus; si qua praesumptione fuerit haec mansuetudinis nostrae posthabita praeceptio, primiscrinio, qui iussa temerauerit, quinque librarum auri condemnatione mulctando. Dat. Kal. Iul. Mediolani, Ausonio et Olybrio Coss. [379].

125.

C. 2 C. I. de exact. trib. (10. 19):

Imp. Constantinus A. ad Populum. Nemo carcerem plumbatarumque uerbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum reperta supplicia in debitorum solutionibus uel a peruersis uel ab iratis iudicibus expauescat. Carcer poenalium, carcer hominum noxiorum est et officialium et, cum denotatione, eorum iudicum, quorum de officio certiores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. Securi iuxta Praesidem transeant solutores; uel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usum

125. hominum constituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam ciues eius accedant, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita, omnes fore credimus proniores ad soluenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur. Dat. Kal. Febr. Constantino A. VI. et Constantino C. Coss. [320].	hominum instituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam exactor accedat, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita, omnes fore credimus proniores ad soluenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur. Dat. Kal. Februar. Constantino A. VI. et Constantino C. Coss. [320].

Gegen die Beweiskraft dieser Stellen für die Bethmann-Hollweg'sche Behauptung erregt schon der Umstand Verdacht, daß Beide in eine Zeit fallen, wo die Einleitung des Verfahrens durch Litisdenunciation in voller Blüte stand. Und in der That sagt weder die erste Stelle etwas davon, daß der Executor den die cautio iudicio sisti nicht leistenden Beklagten vorführen und dann in gerichtlichem Gewahrsam halten soll, denn sie spricht nur von einem exhibitus, welcher von dem apparitor zu bewachen ist, und es wäre überall eine petitio principii, wenn angenommen würde, der exhibitus habe die cautio iudicio sisti nicht geleistet und sei deshalb vorgeführt worden; noch ist in der zweiten Stelle irgend eine allgemeine Prozeßregel enthalten, vielmehr handelt dieselbe, wie schon aus ihrer Stellung im Titel de exactione *resp.* de exactoribus tributorum und namentlich aus den letzten Worten, „omnes fore credimus . . . poscuntur", zu entnehmen ist, lediglich von der Beitreibung des tributum und anderer Steuern. Bei Steuerforderungen des Fiscus aber war Verhaftung der Schuldner niemals gesetzlich zulässig; sie konnte nur in Folge des übertriebenen Diensteifers der Beamten eintreten, welchem eben durch jene Constitution vorgebeugt werden soll.[1])

[1]) Savigny, Verm. Schriften Bd. 2 S. 455.

§ 126.

Ferner führt Bethmann-Hollweg auch C. 6 (rest.) de custodia reor. (9. 4) für sich an. Der Wortlaut dieser Justinianischen Constitution ist uns verloren gegangen, wir besitzen nur einen Auszug davon in den Basiliken.[1]) Dieser spricht überall nur von Gefangenhaltung eines Angeschuldigten wegen Polizei- oder Kriminalvergehens, nirgends aber von einer Einkerkerung wegen nichtgeleisteter cautio iudicio sisti in Civilsachen. Freilich ist uns auch noch das Schol. y ad Bas. l. c.[2]) geblieben, welches den Inhalt der §§ 2, 3, 4 der Constitution angiebt. Die für uns wichtigste Stelle desselben ist:

§ 3. *Ὁ ἐν εἱρκτῇ βληθεὶς διὰ χρηματικὸν ἐλεύθερος ἀπολυέσθω, παρέχων ἐγγύας· εἰ δὲ ἀπορεῖ ἐγγυῶν, τεμνέσθω εἴσω λʹ. ἡμερῶν τὸ κατ᾽ αὐτόν, καὶ ἀπολυέσθω. Ἐὰν δὲ πλείονος χρόνου τὸ πρᾶγμα δέηται, τότε ἐξωμοσίᾳ καταπιστευέσθω μέχρι πέρατος τῆς δίκης· εἰ δὲ μετὰ τὴν ἐξωμοσίαν ἀπολειφθῇ πρὸ περαιώσεως τοῦ ζητουμένου, ἐκπιπτέτω τῶν οἰκείων πραγμάτων.*

Aber auch hier wird — obwohl von einem im Civilprozeß mit Haft belegten Schuldner die Rede — nirgends gesagt, daß der Executor, sobald die cautio iudicio sisti nicht geleistet werde, den Beklagten abführen und inhaftiren könne. Vielmehr ist die Möglichkeit vorausgesetzt, daß der Inhaftirte noch Bürgen beizubringen vermöge, eine Möglichkeit, auf die kaum Rücksicht genommen zu werden brauchte, wenn der Beklagte eben deshalb, weil er keine Bürgen für die cautio iudicio sisti zu finden vermochte, inhaftirt worden wäre.

Auch Stellen wie C. 1 C. Th. de off. iud. omn. (1. 22 [19]) von Constantin a. 316 (Vgl. C. 1 C. I. de offic. diuersor. [1. 48]), Nou. 134 c. 9 a. 556, C. 3 § 6 C. I. de aduoc. diu. iudic. (2. 8) von Anastasius a. 505, C. 5 § 6 eod. von Demselben a. 517, C. 6 C. I. de professorib. et med. (10. 52) von

[1]) LX. 35, 22. (Heimb. T. VII p. 589).
[2]) Heimb. T. VII p. 595.

126. Constantin a. 321[1]) beweisen nichts für Bethmann-Hollweg, da, trotz der überall hervortretenden Voraussetzung der Zulässigkeit von Personalarrest in Civilsachen, nirgends auch nur eine Andeutung zu finden ist, daß, sobald der Beklagte die gesetzliche cautio iudicio sisti nicht geben könne, Realcitation sofort einzutreten habe.

§ 127.

Ich sehe mich daher genötigt, der Schuldhaft im Römischen Recht eine ganz andere Stellung zu vindiciren, wie Bethmann-Hollweg. Ueberall, wo wir derselben begegnen, wird für die Zulässigkeit überhaupt ausdrücklich ein vorhergegangener Befehl eines höheren Beamten oder des Kaisers selbst vorausgesetzt. Besonders tritt dieses hervor in:

C. 1 C. Th. de off. iud. omn. (1. 22) (Vgl. C. 1 C. I. de off. diu. iud. [1. 48]):

Imp. Constantinus A. ad Domit. Celsum Vicarium. Nemo iudex officialem ad eam domum, in qua materfamilias agit, cum aliquo praecepto existimet esse mittendum, ut eandem in publicum protrahat, cum certum sit, debita eius, quae intra domum, considerato sexu, semet contineat, domus eius uel cuiuscunque rei habita distractione, publicis necessitatibus posse seruari. Quodsi quis in publicum matremfamilias posthac crediderit protrahendam, inter maximos reos, citra ullam indulgentiam, capitali poena uel exquisitis potius exitiis suppliciisque plectatur. Dat. III Id. Ian. Treuiris, Sabino et Rufino Coss. [316].

Selbst in C. 3 C. Th. de exact. (11. 7) supr. cit., die von Beitreibung von Steuern handelt, wird ebenfalls ein richterlicher Arrestbefehl vorausgesetzt, denn die im Eingang getroffenen liberalen Bestimmungen sind gegen die insolentia iudicum gerichtet. Rücksichtlich der C. 2 C. Th. de exsecutor. (8. 8) cit.

[1]) Dabei ist zu bemerken, daß die Worte, auf welche Bethmann-Hollweg sich bezieht, in der entsprechenden C. 3 C. Th. de medicis (13. 3) fehlen, also im C. I. interpolirt sind.

supr. ist schon oben erwähnt, daß darin Exhibition des Be- 127.
klagten vorausgesetzt ist, daß aber keineswegs gesagt wird, wie
diese Exhibition geschehen, und daß kaum anzunehmen, der
Executor habe sie auf ausdrücklichen richterlichen Befehl vorge-
nommen.

In C. 3 § 6 C. I. de aduoc. diuersor. iudic. (2. 8) heißt es:
— — ipsos, qui fisci patronatum iam deposuerunt uel postea
deposuerint, minime cuiuslibet actus publici sollicitudinem
nolentes subire compelli, nec exhibitionis seu deductionis
onere, nisi speciali auctoritate nostra, molestari, et in prouin-
cia incusandos, per sententiam uiri spectabilis, comitis Orien-
tis, utpote competentis iudicis, conueniri atque litigare decer-
nimus.

Dieser Satz findet sich wörtlich in der C. 5 § 6 eod. wieder,
nur daß die letzten Worte so umgeändert sind, daß anstatt „per
sententiam uiri spectabilis, comitis Orientis, utpote competentis
iudicis“ *etc.* steht: „per sententiam uiri clarissimi, prouinciam, in
qua degunt, moderantis, utpote competentis iudicis“ *etc.* Im
Wesentlichen aber ist übereinstimmend angeordnet, daß Diejenigen,
welche das Amt eines aduocatus fisci verwaltet haben, bloß auf
Specialbefehl des Kaisers exhibirt oder deducirt, d. i. realiter citirt
werden sollen. Da hierin ein besonderes Privilegium liegen soll,
kann man schließen, daß in dieser Beziehung nicht privilegirte
Personen auch auf Befehl ihres competenten Richters exhibirt
werden konnten. Nirgends aber ist eine Andeutung, daß jeder
Executor, sobald ihm die cautio iudicio sisti nicht geleistet wurde,
ohne Weiteres zur deductio habe schreiten können.

Rücksichtlich der Justinianischen Verordnungen, welche sich
auf die exhibitio beziehen, läßt sich die Priorität der Bestimmun-
gen in der C. 4 de sportul. (3. 2) und in der C. 6 de profess.
et med. (10. 52) nicht genau bestimmen, da die Interpolation
der C. 6 entweder in das Jahr 529, oder in das Jahr 534 fällt,
die C. 4 aber aus dem Jahr 530 ist. Die C. 6 bestimmt nur
im Allgemeinen, Aerzte und Professoren sollten „nec ad iudicium
deduci, uel exhiberi.“ Wichtiger ist C. 4 cit., denn da wird,
wie wir schon oben sahen, ausdrücklich bestimmt, daß nur ἐκ

θείας κελεύσεως ἢ μεγίστης προστάξεως[1]) eine persönliche Vorführung auf alle Fälle solle vorgenommen werden können, so daß selbst Bürgenstellung dem Arrestanten nichts helfe. Die Ausdrücke ἐκ θείας κελεύσεως und ἐκ μεγίστης προστάξεως bezeichnen nun wohl nicht ein und dasselbe, sondern es werden unter dem Einen die kaiserlichen und unter dem Anderen die Befehle der höchsten Reichsbeamten verstanden.[2]) Allein dieß ist für unsere Untersuchung ohne Wichtigkeit, da jedenfalls aus der Constitution hervorgeht, daß nur von höchster und vielleicht auch hoher Stelle absolute Arrestbefehle erlassen werden konnten, woraus man gewiß nichts zu Gunsten der Bethmann-Hollweg'schen Ansicht schließen kann; vielmehr ist wohl anzunehmen, daß Arrestbefehle auch von anderen Beamten des Reichs erlassen wurden, daß dieselben aber ihre strenge Wirkung verloren, wenn der Arrestat hinreichende Bürgschaft stellte. Es wird dabei überall ein directes Arrestmandat vorausgesetzt, von dem man sich durch Bürgenstellung zu befreien vermag, nicht aber ein Befehl an den Executor, sich cautio iudicio sisti bestellen zu lassen und im Notfall zur exhibitio zu schreiten.

§ 128.

Geradezu ein Zeugniß für meine Ansicht enthält das Pr. der C. 6 (rest.) de custodia reorum (9. 4), welches ganz allgemein lautend und daher jedenfalls auch von dem Arrest in Civilsachen sprechend sagt:

Οὐδένα χρὴ ἐμβάλλεσθαι φυλακῇ χωρὶς κελεύσεως μεγάλων ἀρχόντων τῆς βασιλίδος πόλεως, ἐν δὲ ταῖς ἐπαρχίαις χωρὶς τῶν ταύτας ἰθυνόντων, ἢ τῶν κατὰ τόπους ἐκδίκων.

Daraus geht hervor, daß alle Magistrate und Beamte, die Jurisdiction hatten (wie § 3 der Const. restituta ex Schol. Bas. zeigt, auch in Civilsachen), Arrestbefehle erlassen konnten,

---

[1]) Ex diuina iussione aut summa praeceptione (HERRM.).

[2]) CUIAC. Obss. XII. 22 interpretirt die Worte ἐκ θείας κελεύσεως ἢ μεγίστης προστάξεως: „si a principe uel praefecto praetorio sit executori iniunctum" *etc.*

daß aber die Arrestaten gegen die Wirkung dieser Befehle, selbst 128. nach schon angelegtem Arrest, durch Stellung tauglicher Bürgen sich zu schützen vermochten. Uebrigens soll der Arrest in Civilsachen höchstens dreißig Tage dauern, und wenn es nicht möglich ist, innerhalb derselben den Prozeß zu beenden, so muß der Arrestat (da er keine Bürgen stellen konnte) gegen iuratorische Caution entlassen werden.

Mehrfache Aufklärung über den Arrest des Justinianischen Rechts erhalten wir durch die oben erklärte Nou. 53. Schon die Einleitung erwähnt kaiserliche Befehle und richterliche Decrete (*ἢ ἐκ θείας ἡμῶν κελεύσεως, ἢ καὶ ἐκ ψήφων ἀρχικῶν*), vermöge welcher der Beklagte vor Gericht, ja oft vor das Gericht einer entfernten Provinz, zwangsweise geführt werden konnte. Im Cap. 1 erfahren wir, wie es Sitte sei, daß die Realcitation nur dann angeordnet werde, wenn der Kläger fideiussorische Caution de prosequenda lite geleistet habe.[1]) Wenn aber der Kläger zehn Tage nach Ankunft des Beklagten vor dem Provinzialgericht die Sache nicht fortgesetzt hat, soll der Beklagte auf seinen Antrag entlassen und der Kläger verurteilt werden, die Reise- und anderen Kosten demselben zu ersetzen und die durch die cautio de prosequenda lite versprochene Summe zu zahlen, welche ebenfalls dem Beklagten zu Gute kommt. Dieß erinnert einigermaßen an die Bestimmungen in der Novelle Valentinian's III. vom Jahr 452. Im Cap. 2 wird die Notwendigkeit der Bestellung der cautio de prosequenda lite von Seiten des Klägers besonders eingeschärft und erwähnt, daß dieselbe wohl bei der exhibitio zu Constantinopel geleistet zu werden pflege, daß man sie aber oft umgangen habe, wenn die Beklagten in eine fremde Provinz abgeführt worden seien (*εἰ δὲ εἰς ἑτέραν ἀπάγονται χώραν*). Auch bestimmt der Kaiser, daß im letzteren Fall die cautio nicht bloß auf Fortsetzung des Prozesses gerichtet sein soll, sondern auch darauf, daß der Kläger das Versprechen gebe, dem Beklagten eine

---

[1]) — *ἐπειδήπερ εἰωθός ἐστι, μὴ ἄλλως γίνεσθαι τὰς ἀπαγωγὰς ἢ τὰς παραστάσεις, εἰ μὴ οἱ ἐνάγοντες ἐγγυητὰς ἐπὶ ῥητῇ ποσότητι δοῖεν, ὡς ἐπεξέρχονται τῇ δίκῃ καὶ κρατοῦσι τῆς ψήφου.*

128. durch den Richter festzusetzende Summe abzugewähren, wenn er im Prozeß unterliegen würde. Im Pr. des Cap. 3 wird es, wie wir schon wissen, als ein großes Unwesen in der Praxis gerügt, daß die Executoren oft sofort nach Vorzeigen der Citation, ohne daß eine gerichtliche Caution bestellt sei, die Beklagten gewaltsam vor Gericht führten. Daraus wie aus dem Vorigen ergiebt sich, daß eine solche Vorführung gesetzlich nur in Folge eines kaiserlichen oder richterlichen Befehls nach geleisteter cautio de prosequenda lite von Seiten des Klägers geschah. — Es folgen weiter die uns schon bekannten Bestimmungen über die Einleitung des Prozesses und dann die Anordnungen, wie es zu halten sei, wenn der Beklagte, der bloß iuratorische cautio iudicio sisti aufgemacht, sich entferne. Dieser sei dann als flüchtig zu betrachten, und der Richter, wenn er *ἄρχων*, d. i. ordentlicher Richter und nicht bloß iudex datus sei, solle einen Arrestbefehl erlassen; der iudex datus aber müsse bei dem Kaiser oder dem ordentlichen Richter, von dem er bestellt worden, einen solchen Arrestbefehl auswirken. Daraus lernen wir Zweierlei. 1. Ein Arrestbefehl konnte bloß von dem Kaiser oder einem mit ordentlicher eigener Jurisdiction versehenen Richter erlassen werden. 2. Als Grund für die Erlassung eines solchen Befehls galt es, wenn der Beklagte flüchtig oder der Flucht verdächtig war (denn in dem Fall der Novelle ist ja auch erst Verdacht der Flucht vorhanden). Diese Bestimmungen werfen ein Licht auf die ganze Lehre von der Realcitation oder von dem Arrest im späteren Römischen Recht. Denn die Grundsätze, welche hier für den Fall, wo eine cautio iuratoria iudicio sisti von dem Beklagten nicht eingehalten wird, den Richter leiten sollen, sind gewiß nicht sehr verschieden von denjenigen, wo von vorne herein und ohne vorgängige cautio iudicio sisti Realcitation angeordnet wurde. Es mußte ein Befehl des Kaisers oder des ordentlichen Richters erfolgen, dieser Befehl konnte nur ertheilt werden, wenn ein Grund dafür vorhanden war, z. B. Flucht.[1])

---

[1]) Man hat wohl die Behauptung, daß schon im R. R. ein derartiger Arrest stattgefunden, auf Ulpianus Fr. 10 § 16 quae in fraudem creditorum (42. 8) gründen wollen. Vgl. u. A. Martin, bürgerl. Prozeß § 240 Not. e. Allein in jener Stelle hat der dem flüchtigen Schuldner folgende Creditor

Die weiteren Bestimmungen der Nou. 53 beziehen sich auf das Verfahren gegen den Abwesenden und gehen uns hier nichts an. 128.

§ 129.

Noch ist Nouella 134 c. 9 vom Jahr 556 zu erwähnen: *Ἀναγκαῖον δὲ νομίζομεν κἀκεῖνο προςηκούσῃ βοηθείᾳ ἐπανορθῶσαι, ἵνα μηδεμία γυνὴ περὶ οἱουδήποτε πράγ-*

---

jedenfalls durch die Drohung der in ius uocatio sich Zahlung verschafft. Ebensowenig aber ist die Privat-Schuldhaft der nexi und addicti hierher zu ziehen, da solche überall nur als eine Art der Execution vorkommt. Vgl. Savigny, Verm. Schriften Bd. 2 S. 369 ff. Uebrigens spricht gegen die Fortdauer dieser Privatschuldhaft im späteren (Justinianischen) Recht, welche von Savigny ibid. S. 457 behauptet wird, ganz ausdrücklich Diocletian. et Maxim. C. 12 C. I. de O. et A. (4. 10), sowie Zeno C. 1 de priuat. carcer. (9. 5). Wenn auch die letztere Stelle sich zunächst nicht auf Schuldgefängnisse, sondern auf die Kerker bezieht, welche die Großen des Reichs namentlich in Egypten für ihre Sclaven und Colonen zu halten pflegten (vgl. die zu Ende der citirten C. 1 C. I. de priuat. carc. [9. 5] angezogene C. 1 C. Th. de priuat. carc. custod. [9. 11] von Valentinian, Theodosius und Arcadius und dazu den Commentar von Iacob. Gothofredus, namentlich auch eine Stelle aus Libanius *Περὶ τῶν δεσμωτῶν*, welche in der Gothofredischen Uebersetzung lautet: „Sed et dominorum crudelitate maxime quotidie usurpantur: siquidem et decorum incarcerare eum, qui per legem necessario subest: quemque licet iniuria afficiatur, silere oportet. Hoc loco ponendi sunt etiam ii, qui circa terram laborant, eorum respectu qui terram possident: quoniam et his quidam similiter tamquam seruis utuntur; scilicet si eorum auaritiam in se non probent: paucae syllabae et miles cum catenis in agro, uinctosque carcer excipit"), so giebt sie doch einen Beweis, daß in der späteren Kaiserzeit Privatgefängnisse überhaupt nicht mehr geduldet werden sollten. Selbst C. 1 C. I. qui bonis (7. 71) von Alexander, wo die Zulässigkeit der Haft außer im Fall der cessio bonorum anerkannt ist, sowie C. 8 C. I. qui bonis (7. 71), wo Iustinian von den Wirkungen der Cession sagt: „omni corporali cruciatu semoto", können nicht für Savigny angeführt werden, da diese Stellen (in der Compilation) zweifellos auf die durch das Gericht angeordnete Haft und Strafe sich beziehen. Vgl. Gratian, Valentinian und Theodosius in C. 1 C. Th. qui bonis ex L. Iul. cedere possunt (4. 20) und Iustinian Nou. 135 c. 1. — Ueber den Arrest in Kriminalsachen, welcher schon seit alter Zeit gebräuchlich war, vgl. Brissonius De formulis l. V c. 195 sqq. (Ed. F. C. Conradi Hal. 1731 pag. 445).

·129. *ματος χρηματικοῦ ἐξ οἱουδήποτε ἄρχοντος ἐγκλείηται ἢ φυλάττηται. Ἀλλ' εἰ μὲν ὑπὲρ δημοσίων χρεῶν ἢ ἰδιωτικῶν ἐναχθείη κατὰ τὸν νόμον ἡ γυνή, ἢ διὰ τοῦ ἀνδρός, ἢ δι' ἑαυτῆς, ἢ δι' οἵου δ' ἂν βούλοιτο προσώπου, νομίμως ἀποκρινέσθω, καὶ διοικείτω τὸ πρᾶγμα. Εἰ δὲ καὶ χήρα εἴη, ἢ μηδὲ τὴν ἀρχὴν ἀνδρὶ γαμηθεῖσα, ἐξέστω ὁμοίως τῇ γυναικὶ ἢ δι' ἑαυτῆς, ἢ δι' ὧν ἂν βουληθείη, τὰ οἰκεῖα προτιθέναι δίκαια κατὰ τὸν νόμον. Τὸν δὲ παρὰ ταῦτα τολμῶντα πρᾶξαί τι τῶν προειρημένων κελεύομεν, εἰ μὲν μείζων ἄρχων εἴη, κ' χρυσίου λιτρῶν, εἰ δὲ ἥττων, ι' χρυσίου λιτρῶν ποινῇ ὑποκεῖσθαι, τοὺς δὲ ὑπουργοῦντας αὐτοῖς ἐπὶ ταῖς προειρημέναις ἀρχαῖς γυμνουμένους τῆς ζώνης βασάνοις ὑποβάλλεσθαι καὶ εἰς ἐξορίαν πέμπεσθαι. Εἰ δὲ ἡ γυνὴ μετὰ νόμιμον ὑπόμνησιν μὴ βουληθείη προβάλλεσθαί τινα τὸν ὑπὲρ αὐτῆς ἀποκρινόμενον, ἢ καὶ δικασαμένη κατακριθῇ, μηδὲ οὕτως ἐγκλείεσθαι ἢ φυλάττεσθαι αὐτήν, ἀλλὰ τὰ νόμιμα ἐπὶ τοῖς προσήκουσιν αὐτῇ πράγμασι ποιεῖναι. — — οὐδεμίαν γὰρ γυναῖκα ὑπὲρ χρηματικῆς αἰτίας, δημοσίας ἢ ἰδιωτικῆς, ἢ ὑπὲρ ἐγκλήματος οἱουδήποτε ἢ εἰς φρουρὰν βάλλεσθαι συγχωροῦμεν, ἢ δι' ἀνδρῶν φυλάττεσθαι, ἵνα μὴ διὰ τῶν τοιούτων ἀφορμῶν εὑρεθῶσι περὶ τὴν σωφροσύνην ὑβριζόμεναι.* —

Justinian wiederholt eigentlich nur die Vorschrift Constantin's in C. 1 C. Th. de off. iud. omn. (1. 22) (C. 1 C. I. de off. diu. iud. [1. 48]) und erweitert dieselbe, indem er auch Wittwen und unverheiratete Frauenzimmer, lediglich aus Gründen der Sittlichkeit, von dem Arrest in Civil- und anderen Sachen befreit. Wichtig ist es, daß auch hier wieder der Befehl eines Richters im Allgemeinen als erforderlich zur Arrestation vorausgesetzt wird. Rücksichtlich der Civilsachen aber ist eine dreifache Möglichkeit des Arrestes anerkannt und bezüglich der Frauenzimmer ausgeschlossen:

1. Bei der Einleitung des Verfahrens. Wenn gegen eine Frau in der gesetzlichen Weise eine Civilklage angestellt wird, soll sie in der gesetzlichen Weise entweder durch den Mann, oder in eigener Person, oder durch einen freigewählten Procurator ant-

worten und ihre Sache führen. Es soll also hier **immer** das 129. durch das Gesetz als das **regelmäßige** anerkannte Verfahren (*κατὰ τὸν νόμον, νομίμως*), welches eben darin bestand, daß der Beklagte zur Beantwortung der Klage aufgefordert und zugelassen wurde, stattfinden. Im Zusammenhang mit dem vorhergehenden allgemeinen Verbot der Arrestation von Frauen, zu welchem der Satz „*ἀλλ᾽ εἰ μὲν ὑπὲρ δημοσίων*“ *etc.* offenbar nur in dem Verhältniß einer Ausführung im Einzelnen steht, müssen wir aber annehmen, daß dem regelmäßigen gesetzlichen Einleitungsverfahren ein außerordentliches gesetzliches Einleitungsverfahren durch sofortige Arrestanlegung auf die Klage gegenüberstand, welches eben bei Frauenzimmern verboten werden soll.

2. Nach der Citation, wenn die Frau keinen Procurator bestellen (resp. nicht selbst im Termin erscheinen) will, also wohl wenn sie sich weigert, cautio iudicio sisti zu leisten. Daß in solchen Fällen Arrestanlegung als letztes Auskunftsmittel erfolgen konnte, ist unzweifelhaft.

3. Nach der Condemnation, wenn der Condemnirte der Condemnation nicht Folge leistet, also Arrest als Executionsmittel.

§ 130.

Nach Allem kommen wir zu folgendem Resultat: Das spätere Römische Recht kennt Realcitation und Arrestanlegung. Beide stehen etwa in dem Verhältniß, wie die cautio iudicio sisti zu der cautio pro sua persona, quod permaneat in iudicio *etc.* Die Realcitation soll durch Beschränkung der persönlichen Freiheit das Erscheinen Jemandes vor dem Richter bewirken. Der Arrest soll durch dasselbe Mittel die Anwesenheit des Beklagten für die Zukunft sichern. Beide können nur in Folge des Decrets eines ordentlichen, mit eigener Jurisdiction versehenen Richters vorkommen. Der Beklagte kann Realcitation wie Arrest durch Bestellung tauglicher Bürgen von sich abwenden. Nur vom Kaiser (und höchsten Reichsbeamten) kann ein absolutes Arrestmandat, gegen welches keine Bürgenstellung etwas hilft, erlassen werden. Jeder richterliche Befehl auf Realcitation oder Arrestanlegung setzt gewisse Gründe voraus. Diese sind: 1. wenn der Beklagte flüchtig oder der Flucht

130. verdächtig ist, 2. wenn der Beklagte die ihm auferlegte satisdatio *resp.* cautio iudicio sisti nicht leisten will oder kann, 3. wohl auch, wenn er die satisdatio pro sua persona, quod in iudicio permaneat *etc.* nicht bestellt. Unten werden wir noch sehen, daß die Gründe sub 2 oder 3 nicht für sich allein ausreichen, um den Vorführungs- resp. Arrestbefehl zu erlassen, sondern daß immer noch der Grund sub 1 hinzukommen mußte. — Gewisse Personen sind von der Realcitation und Arrestanlegung befreit.[1])

§ 131.

Wir haben nun auf die oben aufgeworfene Frage: „Was geschah, wenn der Beklagte die ihm aufgelegte satisdatio iudicio sisti oder die cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis nicht leisten konnte oder wollte?“ eine Antwort gefunden, nämlich die: Es konnte durch den Richter Vorführung resp. Arrestation des Beklagten angeordnet werden. Allein diese Antwort ist noch nicht völlig befriedigend. Realcitation und Arrest sind Mittel, zu denen man erst im äußersten Notfall greift, und zwischen der Sicherung durch Bürgenstellung auf einer und der Sicherung durch Anlegung persönlichen Arrests auf der anderen Seite liegt noch ein Mittel, welches dem Kläger vollkommene Sicherheit verschafft, ohne daß die persönliche Freiheit des Beklagten so hart angegriffen zu werden brauchte, ich meine die Sequestration. Sollte diese wirklich seit der Zeit des Codex Theodosianus in Vergessenheit geraten sein und nicht mehr angewendet werden? Daß dieß nicht der Fall war, beweisen die Justinianischen Rechtsbücher, obwohl die bisher behandelten Stellen des Codex und der Novellen (trotzdem daß Gelegenheit dazu gewesen wäre) die Sequestration nicht erwähnen, auf das Entschiedenste. Sind doch fast alle Stellen des Codex Theodosianus, in denen von Sequestration die Rede war, in den Codex Iustinianeus übergegangen. Nur C. 1 C. Th. si certum petatur de chirographis ist in Letzterem hinweggelassen, so daß an-

[1]) Diese sind aufgezählt bei Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 258 Not. 34.

zunehmen wäre, die speciellen Bestimmungen jenes Gesetzes über 131. die Sequestration bei Klagen aus Schuldverschreibungen seien aufgehoben. Außerdem aber galt überall das frühere (d. h. zur Zeit des Codex Theodosianus bestehende) Recht. Das geht am evidentesten aus den Pandekten hervor. In diese ist eine Reihe von Fragmenten aus den Schriften klassischer Juristen aufgenommen und in besondere Titel gestellt, welche ursprünglich von der in ius uocatio mit ihren Folgen, von den Vadimonien und auch von der cautio iudicio sisti handelten. Die Compilatoren aber beziehen dieselben auf das zu ihrer Zeit in Uebung seiende prozessualische Verfahren, und so werden die Grundsätze über die alte in ius uocatio auf die richterlichen Ladungen und Exhibitionsbefehle angewendet[1]), manche Grundsätze über uadimonia, cautio iudicatum solui *etc.*, namentlich was die Cautionsmittel (Bürgen ꝛc.) anbetraf, auf die neue cautio iudicio sisti und die cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis.[2]) Dieß ging um so besser, als eine gewisse Aehnlichkeit jener alten Cautionen mit den neueren sich nicht verkennen läßt und die Bestimmungen über die Cautionsmittel trotz der inneren Verschiedenheit der Cautionen doch für alle im Wesentlichen dieselben blieben. So handelt der Digestentitel:

QVI SATISDARE COGANTVR, VEL IVRATO PROMITTANT, VEL SVAE PROMISSIONI COMMITTANTVR (2. 8)

im Sinn der Compilatoren von der cautio iudicio sisti und der cautio pro sua persona, indem für beide Cautionen, wie wir schon oben sahen, entweder satisdatio, oder Eid, oder nuda repromissio als Cautionsmittel erfordert wurde. Ebenso gilt das Meiste in den folgenden Titeln (SI EX NOXALI CAVSA *etc.* [2. 9], DE EO, PER QVEM *etc.* [2. 10] und SI QVIS CAVTIONIB. *etc.* [2. 11]) von unseren beiden Cautionen, da Erörterungen über den Inhalt derselben wohlweislich vermieden worden sind, indem sonst die betreffenden Stellen weder auf die eine, noch die andere Caution, sondern nur auf die alten uadimonia oder die cautio iudi-

[1]) Bethmann-Hollweg S. 278.
[2]) Bethmann-Hollweg S. 257 Not. 24.

131. catum solui passen würden. Und doch hatte man die innere Verschiedenheit der alten Cautionen von den neueren recht wohl erkannt, was z. B. daraus hervorgeht, daß man überall das Wort uadimonium planmäßig entfernte und dafür cautio iudicio sisti setzte.[1])

Wenn also in den Titeln QVI SATISDARE COGANTVR *etc.* der Sequestration als eines Cautionsmittels Erwähnung geschieht, so dürfen wir sie recht gut auf die cautio iudicio sisti und cautio pro sua persona *etc.* beziehen.

§ 132.

Nun ist es das von uns rücksichtlich seines ursprünglichen Sinns schon in §§ 61 ff. besprochene Fr. 7 § 2 qui satisdare cogantur (2. 8), welches unsere Aufmerksamkeit von Neuem in Anspruch nimmt. Dort ist gesagt:

> Wenn für eine res mobilis keine satisdatio geleistet und Derjenige, welcher die Caution bestellen soll, suspect ist, dann soll die Sache, sobald es der Richter so anordnet, bei dem officium deponirt werden, und zwar so lange, bis satisdatio bestellt oder der Prozeß beendigt ist.

Dieß heißt im Sinn der Justinianischen Compilation nichts Anderes, als der Richter soll, wenn bei einem Prozeß um eine res mobilis die angeordnete satisdatio iudicio sisti oder die satisdatio pro sua persona *etc.* nicht bestellt wird, das Recht haben, einen Befehl zu geben, wonach die streitige Sache beim officium zu deponiren ist. Jedoch wird überall vorausgesetzt, daß der Beklagte zur satisdatio verpflichtet sei; deshalb kann diese Sequestration nicht vorkommen, wenn der Beklagte Besitzer unbeweglicher Sachen oder das Streitobject überhaupt (auch bei persönlichen Klagen) eine Immobilie ist. Ferner wird vorausgesetzt, daß die res mobilis eine individuelle Sache sei, denn

---

[1]) Damit ist aber nicht gesagt, daß überall, wo cautio iudicio sisti steht, eine Interpolation anzunehmen wäre. Vgl. oben § 48 S. 111. Bethmann-Hollweg S. 257 Not. 24. Keller, Röm. Civilprozeß § 47 S. 207 Not. 568.

rücksichtlich der Summen und Quantitäten besteht das Verbot der 132. Sequestration fort. Aber auch da, wo eine satisdatio erforderlich gewesen wäre, kann der Richter den Sequestrationsbefehl nicht erlassen, wenn nicht der zur Caution Verpflichtete verdächtig ist. Fehlt es an diesem Requisit, so tritt jedenfalls an die Stelle der satisdatio bloße iuratorische Caution. Es wird aber durch diese Bestimmung auch unsere obige Behauptung unterstützt, daß es zum Erlaß eines Vorführungs- oder Arrestbefehls eines besonderen Grundes bedurfte; denn wie könnte das weit härtere und strengere Mittel ohne besonderen Grund anwendbar sein, wenn schon das mildere einen solchen erforderte? Eine iusta causa zur Anlegung der dinglichen und persönlichen Haft ist aber überall (vorausgesetzt, daß die übrigen Requisite vorhanden) die Verdächtigkeit des Verklagten (freilich ein dem richterlichen Ermessen sehr weiten Spielraum lassender Begriff!).

Wir haben oben gesehen, daß der Vorführungs- oder Arrestbefehl auch auf einseitiges Andringen des Klägers erfolgen konnte, sobald Verdacht gegen den Beklagten obwaltete, daß aber der Letztere durch satisdatio gegen die Wirkungen eines solchen Befehls regelmäßig sich zu schützen vermochte. Hier aber scheint der Sequestrationsbefehl nur erlassen zu werden, nachdem der Beklagte der Aufforderung zur satisdatio nicht Folge geleistet hat. Man half sich aber wohl durch einen alternativ gefaßten Befehl, welcher dem Executor ertheilt wurde, so daß dieser den Auftrag erhielt, sich von dem Beklagten Satisdation bestellen zu lassen, oder, wenn dieser der Aufforderung nicht nachkomme, sofort zur Sequestration zu schreiten. Sobald sich der Beklagte dann zur Satisdation bereit erklärte und dieselbe bestellte, verlor der Sequestrationsbefehl seine Wirkung. Nur dem Kaiser (und den höchsten Reichsbeamten?) wird das Recht zugestanden haben, einen Sequestrationsbefehl zu erlassen, gegen welchen die satisdatio nicht helfen konnte. War die Sache einmal sequestrirt, so blieb sie es bis zum ersten Termin und wurde da freigegeben, wenn der Beklagte satisdatio pro sua persona *etc.* bestellte. Konnte er dieß nicht, so dauerte die Sequestration fort, bis entweder die satisdatio nachträglich noch bestellt, oder der Prozeß durch Erkenntniß

133. dicentibus ad publicum tributarias functiones minime inferebant. Sin autem moris erat, dominos totam summam accipere, et ex ea partem quidem in publicas uertere functiones, partem autem in suos reditus habere, tunc, si quidem fideiussor a colonis detur, eundem fideiussorem dominis sine praeiudicio litis tantam summam inferre, quantam tributa publica faciunt, ut a dominis publicis rationibus persoluatur; nullo ex hoc colonis praeiudicio generando. Super reditibus enim domini fideiussore fiant contenti. § 4. Sin autem fideiussione cessante ad sequestrationem res ueniant, et pecuniae deponantur, ex earum summa tantam iudices separare, quanta ad publicas sufficiat functiones, et eam disponere dominum accipere, quatenus ipse eam persoluens publicas accipiat securitates; reliqua quantitate, quae in reditus puros remanet, in tuto collocanda et litis terminum exspectante; nullo praeiudicio siue colonis siue dominis ex huiusmodi fideiussione uel sequestratione uel publicarum functionum solutione generando; sed omni causa in suspenso manente, donec iudicialis sententia, quae de toto negotio procedit, omnem rem aperiat, et ostendat, quis dominus terrae constitutus est, et ad quem publicarum functionum securitas debet in posterum fieri, seu reditus peruenire uel permanere. Recitata Septimo in nouo consistorio palatii Iustiniani. Dat. XV Kal. Octob. Chalcedone, Decio V. C. Cons. [529].

Die Verordnung bezieht sich auf das merkwürdige Verhältniß des Colonats und giebt Vorschriften über die zu leistenden Cautionen in einem Freiheitsprozeß der Colonen gegen ihren Herrn. Der persönliche Zustand der Colonen hatte mit dem der Sclaven große Aehnlichkeit, nichtsdestoweniger aber waren die Colonen von den Sclaven verschieden, da sie überall als Freie betrachtet wurden.[1]) Wenn daher im Zustand des Colonats Befindliche ihre Freiheit vom Colonat behaupteten, so erfolgte nicht ein wirkliches liberale iudicium, wohl aber läßt sich behaupten, daß die von den Colonen erhobene Klage ein ähnliches Verfahren herbeigeführt

[1]) Savigny, Der Römische Colonat. Verm. Schriften Bd. 2 S. 1 ff. besonders S. 12 ff.

habe, wie es folgte, wenn ein Sclave in libertatem proclamirte. 133.
Wenn nun schon im Allgemeinen, ähnlich wie bei der Sclaverei, der Grundsatz anerkannt wurde, daß die Colonen keine Klage gegen den Gutsherrn haben sollten, außer bei willkürlicher Erhöhung des Canon (superexactio) und wenn sie den Herrn wegen Verbrechens anklagen wollten[1]), sowie in dem Fall, wenn die Frage aufgeworfen wurde, ob das Gut in ihrem oder in des Herrn Eigenthum sei, also, ob sie wirklich Colonen seien, oder nicht[2]), so ist doch nicht anzunehmen, daß in letzterem Fall die Colonen eines Assertor bedurft hätten. Denn es ist schon in jenen beiden ersten Fällen gestattet, daß die Colonen die Klage resp. Anklage in eigener Person erheben[3]), und es geschieht auch der Notwendigkeit eines Assertor im älteren Recht keine Erwähnung. Von **Justinian** aber war das Institut des Assertor wahrscheinlich schon im Jahr 528 auch für das eigentliche liberale iudicium entfernt worden[4]), und so steht es jedenfalls fest, daß im **Justinianischen** Recht auch die Colonen in ihrem Freiheitsprozeß keines Assertor bedurften. Gleich der Eingang unserer Constitution setzt voraus, daß die Colonen in eigener Person gegen ihren bisherigen Patronus Klage erheben („si coloni ... contra dominos ... declamauerint" und weiter unten „praescriptione *etc.* colonorum impetus excludente"), und zwar aus dem Grund, weil sie behaupten, **Eigenthümer** ihres Guts zu sein. Für diesen Fall nun wird verordnet, daß die **Colonen**

[1]) Arcadius et Honorius C. 2 C. I. in quib. caus. coloni (11. 49).

[2]) Arcadius et Honorius C. un. C. Th. utrubi (4. 23). Iustinianus C. 20 C. I. de agric. (11. 47).

[3]) C. 2 C. I. cit. „— — Sed ut in causis ciuilibus huiusmodi hominum generi aduersus dominos uel patronos aditum intercludimus et uocem negamus, exceptis superexactionibus, in quibus retro principes facultatem eis super hoc interpellandi praebuerunt, ita in criminum accusatione, quae publica est, non adimitur eis propter suam suorumque iniuriam experiundi licentia.

[4]) C. 1 C. I. de assertione tollenda (7. 17). Die subscriptio dieser Constitution ist lückenhaft, ist aber von Herrmann aus befriedigenden Gründen ergänzt worden: „Dat. III Id. Dec. Dom. Iustiniano A. II. Cons." S. Not. ad subscr. C. 1 de assert. tollenda (7. 17) in der Kriegel'schen Ausgabe des Corp. iur. ciu. Vgl. Not. ad subscript. C. 1 de lege Fusia-Caninia tollenda (7. 3).

133. während der Dauer des Prozesses nicht gezwungen werden sollen, den jährlichen Canon an den Herrn zu zahlen (es werden also gewissermaßen die uindiciae secundum libertatem ertheilt), sie sollen aber fidejussorische Caution bestellen: „quod omnes reditus sine ulla procrastinatione, si melior causa dominorum iudicetur, eis restituent." Der Fidejussor soll nur auf eine Zeit von drei Jahren sich verpflichten, nach Ablauf derselben soll die Bürgschaft erneuert werden. Wenn aber Colonen Bürgen entweder nicht bestellen wollen oder können, dann soll anstatt der Caution Sequestration (so wird die vorgeschriebene Sicherheitsbestellung im § 4 der Constitution ausdrücklich genannt) eintreten, und zwar so, daß in der unten noch zu besprechenden Weise der jedes Jahr fällige Canon durch die Officialen eingefordert und sequestrirt werde.

Weitere Bestimmungen werden getroffen über die Leistung der öffentlichen Abgaben und insonderheit der Grundsteuer. Daß die Colonen häufig die Grundsteuer ihrer Höfe an die Steuerkasse einzahlen mußten, wissen wir aus einem merkwürdigen Brief Gregor's des Großen über die Colonen der Römischen Kirche in Sicilien.[1]) Jedenfalls aber war die Grundsteuer des Hofs eine Last des Gutsherrn und es konnte das Verhältniß auch so geordnet sein, daß die Colonen an den Herrn den ganzen Canon ohne Abzug der Grundsteuer einzahlten und daß dieser dann seiner Steuerpflicht in eigener Person nachkam.[2]) Die Colonen selbst waren kopfsteuerpflichtig, und für die Kopfsteuer derselben war dem Gutsherrn die Vertretung in der Weise aufgelegt, daß dieselbe bei der Grundsteuer des Guts eingetragen wurde, so daß dem Gutsherrn, wenn er die Grundsteuer selbst bezahlte, auch die Einzahlung der Kopfsteuer der Colonen oblag.[3]) In unserer Constitution nun wird zwischen der Grundsteuer und Kopfsteuer kein Unterschied gemacht, auch die Worte „ad publicum tributarias functiones minime inferebant" gehen sonder Zweifel auf alle Abgaben, welche vom Bauernhof und dem darauf befindlichen Colonen entrichtet werden mußten. Und zwar soll,

---

[1]) Lib. I ep. 44 p. 533 sq. Ed. Paris. 1705. Vgl. Savigny a. a. O. S. 23 ff. namentlich S. 27.

[2]) Savigny a. a. O. S. 32.

[3]) Savigny a. a. O. S. 33.

wenn bisher der Colone diese Abgaben einzahlte, diese Einrichtung 133.
auch während des Prozesses fortdauern. War es dagegen eingeführt, daß die Herren die Abgaben an die Steuerkasse zahlten, so sollte dieß zwar ebenfalls so fortgehalten werden, allein der von den Colonen für die reditus bestellte Bürge mußte dem Herrn jährlich die Steuersumme bezahlen, damit sie dieser bei der Steuerkasse einliefere. Diese Einrichtung ist um so billiger, als ja die Colonen, da sie das Grundeigenthum für sich in Anspruch nehmen, nach ihrer eigenen Behauptung schuldig sind, die Grundsteuer zu zahlen, die Kopfsteuer aber ohne Zweifel auf ihre Rechnung kommt; es hieße dem Herrn zu viel zumuten, wenn er die Steuer für Leute vielleicht Jahre lang auslegen sollte, die im Fall ihres Siegs dieselbe auch für die Vergangenheit auf sich nehmen, und im Fall ihres Unterliegens den höheren Canon abgewähren müssen, in welchem die Steuersumme mitenthalten ist.

Dieß geht aber nur, wenn die Colonen einen Bürgen für den Canon bestellt haben. Kommt es dagegen zur Sequestration, so soll der Richter aus den eingegangenen Geldern die nötige Steuersumme ausscheiden und anordnen, daß dieselbe dem Herrn ausgezahlt werde, damit dieser sie gegen öffentliche Quittung an die Steuerkasse leiste. Der Theil des Canons, welcher nach Bezahlung der Steuern übrig ist, soll in Sequestration bleiben bis zur Beendigung des Prozesses, wo es sich zeigen wird, wer Herr des Landes ist, wen sonach die Steuer trifft und ob die Kläger Colonen sind, also Canon leisten müssen, oder nicht. Auch hier tritt an die Stelle einer angeordneten fideiussorischen Caution, sobald die satisdatio aus bösem Willen der Verpflichteten, oder weil dieselben keinen Bürgen finden können, unterbleibt, Sequestration; ein Beweis, daß wohl auch bei anderen gesetzlichen fideiussorischen Cautionen, wo die satisdatio unterblieb, ein ähnliches Verfahren eintrat.

§ 134.

Das Wichtigste aber ist die genaue Beschreibung der Sequestration in unserer Stelle, indem wir daraus entnehmen können, an was man überhaupt dachte, wenn zu Justinian's Zeiten von Sequestration gesprochen wurde.

134. Die jährlichen Abgaben an den Herrn sollen zur gewöhnlichen Zeit, d. h. zu der Zeit, wo sie bisher bezahlt zu werden pflegten, durch das officium des Richters eingefordert und, wenn sie in Geld bestehen, sofort deponirt werden; bestehen sie aber in Früchten rc., so sollen sie durch das officium entweder im Ganzen, oder im Einzelnen verkauft werden, und der Preis in's Depositum kommen. Die Deposition soll geschehen „in aede sacra i. e. in cimeliarchio ciuitatis, sub qua possessio sita est; uel si localis ecclesia ad susceptionem pecuniarum idonea non sit, in metropolitana ecclesia cum omni cautela.“ So hat sich denn die alte Sitte, Geld und andere wertvolle Sachen in sacro zu deponiren, auch in der christlichen Kaiserzeit erhalten, ja es scheinen jetzt mit den Kirchen, wenigstens mit den größeren, öffentliche Aufbewahrungsanstalten verbunden gewesen zu sein. Das cimeliarchium ist eigentlich der Ort, wo die uasa sacra und überhaupt die wertvollen Sachen der Kirche niedergelegt waren.[1]) Der Oeconomus der Kirche oder ein besonderer Cimeliarcha hatte die Aufsicht[2]), und bei ihm wurden auch Urkunden, Geld und andere wertvolle Sachen, welche nicht der Kirche gehörten, ins Depositum gegeben.[3])

Aus dem Allen geht hervor, daß mit den officia der Richter nicht eigentliche Depositorien verbunden waren, und der Ausdruck „res apud officium deponi debet“ bedeutet bloß, es muß die Sache den Officialen übergeben werden, damit sie dieselbe in das Depositorium der Kirche bringen und aufbewahren lassen.

Wir sehen, wie zu Justinian's Zeiten die sogenannte notwendige Sequestration einen ganz anderen Charakter angenommen hat, wie früher. In der klassischen Zeit konnte von Sequestration

---

[1]) Nou. 74 c. 4 § 2. Brissonius De V. S. h. u. s. f. C. du Fresne D. du Cange Glossar. ad scriptor. mediae et infimae Graecitatis: Lugd. 1688 s. uu. *κειμηλιάρχης, κειμηλιοφύλαξ, κειμηλιαρχεῖον.*

[2]) C. 10 § 2 i. f. de bon. auctoritate iud. possidendis (7. 72).

[3]) Cf. C. 10 cit. „et in cimeliarchio sanctae ecclesiae illius ciuitatis, in qua huiusmodi contractus celebratur, deponere.“ Nou. 74 c. 4 § 2: „*Εἰ δὲ καὶ τοῦτο μὴ πράξαιεν ἐκεῖνοι, ἀλλὰ τὸν τοιοῦτον ἀποτιθέσθω χάρτην ὁ τῆς σεβασμιωτάτης ἐκκλησίας ἐκείνης ἔκδικος ἐν τοῖς τῆς αὐτῆς ἁγιωτάτης ἐκκλησίας ἀρχείοις (τουτέστιν ἐν τῷ εὐαγεῖ κειμηλιοφυλακίῳ) τὰς εἰρημένας ὑποσημειώσεις ἔχοντα* —.“

nicht die Rede sein, wenn nicht zwei oder mehrere Personen die Sache bei einem Dritten so deponirten, daß sie je nach dem Eintritt oder Nichteintritt gewisser Bedingungen der einen oder der anderen dieser Personen restituirt werden sollte. Jetzt nehmen die Executoren nach richterlicher Anordnung die zu deponirende Sache geradezu dem Besitzer hinweg und legen sie bei dem Cimeliarchen nieder, welcher jedenfalls nur auf Befehl des Richters dieselbe wieder herausgeben darf. Dieß stimmt ganz mit dem Verfahren, wie es mutmaßlich schon zur Zeit des Codex Theodosianus beobachtet wurde. Aus der alten depositio apud sequestrem ist ein wirklicher Realarrest geworden, und es erklärt sich wohl, warum die Compilatoren überall, wo bei den alten Juristen von der notwendigen Sequestration die Rede, den Ausdruck apud sequestrem deponi debebit vermieden und dafür einfach den Ausdruck deponi debebit oder apud officium deponi debebit setzten. Die Pandektenstellen, welche noch eines wirklichen Sequester erwähnen, sind daher meistens auf die freiwillige Sequestration zu beziehen. Nur hie und da finden sich auch in Bezug auf die notwendige Sequestration Anklänge an das alte Recht, so in Fr. 5 § 1 de legat. seu fid. (36. 3) und Fr. 21 § 3 de appellationib. (49. 1). In der letzteren Stelle ist das „fructus apud sequestrem deponi" wohl bloß aus Versehen der Compilatoren stehen geblieben und nicht in „fructus apud officium deponi" oder „sequestrari" verwandelt worden[1]); in der ersteren Stelle aber ist absichtlich das „ut sequestrem" beibehalten, denn es ist dort wirklich noch für das Justinianische Recht die alte Form der Sequestration gemeint, weil eine dritte Person nicht bloß für die Aufbewahrung der Früchte ꝛc. von den Parteien ausgewählt wird, sondern namentlich „(*ut*) utiles actiones a Praetore datas exerceat", so daß dieselbe auch die Stellung eines Procurators der Parteien in gewisser Beziehung einnimmt. — Uebrigens hat auch noch jetzt Derjenige, bei welchem die sequestrirten Sachen niedergelegt sind, (abgeleiteten) juristischen Besitz, da ja die Sequestration noch immer geschieht, um den streitenden Theilen den Besitz zu entziehen.

134.

[1]) Die Basil. VIIII. 1, 20 i. f. (Heimb. T. I p. 428) haben: „*Οὐκ εὐχερῶς οἱ καρποὶ τοῦ ἀγροῦ μετὰ τὴν ἔκκλητον μεσεγγυῶνται* —."

§ 135.

135. Zum Schluß will ich die Resultate der vorstehenden Untersuchung noch kurz zusammenfassen. Das Justinianische Recht kennt zwei prozessualische Cautionen zur Sicherung des Klägers: Die cautio iudicio sisti und die cautio pro sua persona *etc.* Beide Cautionen sind regelmäßig satisdationes, ausnahmsweise genügt auch iuratorische Caution, sowie nuda repromissio. Da, wo satisdatio erforderlich ist, kann, wenn der Beklagte Bürgen entweder nicht stellen kann oder nicht stellen will, und er noch dazu eine suspecta persona ist, von dem Richter Real- und betreffenden Falls Personalarrest verfügt werden. Die Auflage der Cautionsstellung und Anordnung des Arrests aber wird vom Richter mitunter alternativ verfügt, so daß dem Beklagten, welcher nach ergangener Aufforderung keinen Bürgen stellt, sofort die betreffende Sache hinweggenommen resp. er selbst mit Haft belegt werden kann. Daher ist es möglich, daß der Prozeß, wie bei unserem Arrestprozeß, mit Arrestanlegung beginnt, doch muß dieselbe jederzeit gegen Bürgenstellung aufgehoben werden. Nur bei dem Kaiser und den höchsten Reichsbeamten können Arrestbefehle ausgewirkt werden, gegen welche auch die Stellung von tauglichen Bürgen den Beklagten nicht schützt. Außer bei der Einleitung des prozessualischen Verfahrens giebt es noch eine Reihe von Fällen (bei der Appellation, bei der liberalis causa und bei dem Befreiungsprozeß der Colonen), wo Sequestration des Streitobjects resp. Anlegung von Realarrest vorkommt, jedoch auch hier meistentheils nur dann, wenn der Beklagte nicht im Stande ist, den Gegner durch Stellung tauglicher Bürgen hinreichend zu sichern.

Rücksichtlich des Verhältnisses, in welches die streitenden Theile durch die Sequestration kommen, brauche ich lediglich auf das in § 112 bereits Vorgetragene zu verweisen. Daß die Vorstellung, die Bestellung einer Caution könne durch pignoris capio erzwungen werden, der Justinianischen Zeit nicht fremd war, ergiebt sich aus § 3 I. de satisdat. tutor. (1. 24), wo gesagt ist, daß Tutoren und Curatoren zur Bestellung der ihnen obliegenden Cautionen durch pignoris capio gezwungen werden könnten.

Beilagen.



Beilage I.

Ueber das „in aede sacra deponere“, „in publico loco deponere“, „in horreis deponere“ und Aehnliches.[1])

Tempel dienten bei den Griechen[2]) wie bei den Römern häufig zum Aufbewahrungsort für Geld und andere wertvolle Sachen, namentlich auch für Urkunden. Der Römische Staatsschatz, das aerarium Saturni, hat seinen Namen ja daher, weil die öffentlichen Gelder, wichtige Documente und Register, sowie die signa militaria seit den ältesten Zeiten der Republik im Tempel des Saturn niedergelegt waren.[3]) Aber auch von Privatleuten wurden die für den Götterdienst bestimmten Gebäude (aedes sacrae, einerlei ob es eigentliche templa waren, oder nur aedes sacrae, welche die Tempelweihe durch die Auguren nicht empfangen hatten[4])) als Depositorien benutzt.[5]) I.

Im ältesten Legisactionenprozeß wurde die summa sacramenti „ad pontem“ d. i. jedenfalls „apud pontifices“ deponirt.[6]) Plautus läßt

---

[1]) Einzelne interessante Notizen über diesen Gegenstand finden sich bei IAC. RAEVARDUS Varior. lib. I c. 15 (Opp. Ed. Francof. 1601 p. 515 sqq.).

[2]) Vgl. u. A. Odfr. Müller, Die Dorier. Breslau 1824 Abth. 2 S. 210 Anm. 4. S. 211 Anm. 1. Schömann, Griech. Alterthümer. Berlin 1855 Bd. 1 S. 293 ff.

[3]) Quellencitate hierfür finden sich in BLONDI FLAVII De Roma triumphante libr. X. Basil. 1559 p. 110 G. Alex. Adam, Handb. der Röm. Alterthümer, übers. von J. L. Meyer. Erl. 1805 Bd. 1 S. 264. Becker, Handb. der Röm. Alterthümer. 1. Th. Leipz. 1843 S. 316 f., 2. Th. 2. Abth. Leipz. 1846 S. 351.

[4]) Ueber den Unterschied s. GELLIUS Noct. Att. XIIII. 7, 7. VARRO De L. L. VII. 10 (Ed. MUELLER). Vgl. B. G. STRUVI Antiquitatt. Romm. Syntagma. Ien. 1701 p. 502.

[5]) Bei den Griechen geschah dieß eben so häufig, wie bei den Römern. Beispiele s. bei XENOPH. Anabas. V. 3, 6 sqq. CICERO De legib. II. 16. LIVIUS XLIIII. 25. — Auch an die schöne Erzählung bei CORNEL. NEPOS Hannibal c. 9 möge hier erinnert werden.

[6]) VARRO De L. L. V. 180 (Ed. MUELLER).

I. in mehreren Stücken Geldsummen in Tempeln niederlegen[1]), Cicero[2]) schließt an die Worte:

Sacrilego poena est, neque ei soli, qui sacrum abstulerit, sed etiam ei, qui sacro commendatum[3])

die Bemerkung an, daß auch zu seiner Zeit das Deponiren „in fanis" häufig vorkomme, indem er zugleich ein Paar Beispiele solcher Depositionen aus der Griechischen Geschichte erzählt. In einem Brief[4]) an Rufus heißt es:

Nam de Lucceio est ita actum, ut, auctore Cn. Pompeio, ista pecunia in fano poneretur,

und bald darauf:

Illud me non animaduertisse, moleste ferrem, ut ascriberem, te in fano pecuniam iussu meo deposuisse.

An Atticus aber schreibt Cicero[5]):

— quodque ex istis fructuosis rebus receptum est, id ego ad illud fanum sepositum putabam.

Suetonius giebt die Nachricht, daß Cäsar wie Augustus ihre Testamente den Vestalischen Jungfrauen zur Bewahrung eingehändigt hatten.[6]) Aus Herodian wissen wir, wie zur Zeit des Commodus das templum Pacis von Vielen als Aufbewahrungsort für ihre Schätze gebraucht wurde[7]) und daß Septimius Severus seinen Reichthum in Tempeln niedergelegt hatte.[8]) Am häufigsten aber wird der depositio „in aede sacra", „in aede" *etc.* von den Pandektenjuristen gedacht. Ich will hier eine Reihe von Fragmenten zusammenstellen, wo dieß geschieht:

1. Iavolenus

Fr. 5 de tabulis exhibendis (43. 5):

„in aede sacra deponendae — sunt."

2. Gaius

Fr. 5 famil. erciscund. (10. 2):

„in aede sacra deponi debent."

3. Papinianus

a. Fr. 31 § 3 de donationib. (39. 5):

„deposita in aede sacra."

---

[1]) Aulularia III. 6, 47. Bacchides II. 3, 73 sqq. 101 sqq.
[2]) De legibus II. 16.
[3]) Vgl. dazu Cicero De legibus II. 9.
[4]) Epistul. ad familiar. V. 20.
[5]) Epistul. ad Attic. XV. 15.
[6]) Vita Iul. Caesar. c. 83. Vita Octauiani c. 101 (Ed. F. A. Wolf. Lips. 1802).
[7]) Histor. l. I c. 14 (Ed. I. H. Boecleri. Argentorat. 1644).
[8]) Ibid. l. IIII c. 4 i. f.

b. Fr. 77 § 26 de legatis II° (31): I.
„in aede sacra — deposuit.“

4. Marcianus

Fr. 5 ad L. Iul. peculat. (48. 13):
„si in aedem sacram depositae.“

5. Ulpianus

a. Fr. 1 §§ 36 und 37 depositi (16. 3):
„in aede deponendo“, „rem in aedem deponi“; „rem deponi in aede aliqua.“

b. Fr. 5 § 2 eod. (16. 3):
„apud aedem aliquam deponi.“

c. Fr. 4 § 3 famil. ercisc. (10. 2):
„aut in aede deponi“; „aut in aede deponere.“

d. Fr. 7 § 2 de minoribus (4. 4):
„Sed hodie solet pecunia in aedem deponi.“

6. Paullus

a. Fr. 73 de procuratorib. (3. 3):
„Praeses iubeat in aede sacra pecuniam deponi: hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis.“

b. Fr. 4 pr. de statuliber. (40. 7):
„uel deponere in aedem pecuniam consignatam oportet.“

Von Ulpian sind noch zwei Stellen bemerkenswert, nämlich
Fr. 77 § 26 de legat. II° (31) und
Fr. 3 § 3 de tabul. exhibend. (43. 5).
In der Ersteren wird der Ausdruck „in aede sacra — deposuit“ gebraucht, was deshalb wichtig ist, weil sonst bei ihm immer nur „in aede deponi“ *etc.* sich findet. Beide aber geben einigen Aufschluß über die Art und Weise der depositio in aede oder in aede sacra. Fr. 77 § 26 cit. erwähnt eines Schreibens an den aedituus mit näheren Bestimmungen über den deponirten Gegenstand, Fr. 3 § 3 cit. sagt geradezu

„si custodiam tabularum aedituus — suscepit.“

Danach hatte der aedituus die custodia übernommen, also für die deponirten Sachen einzustehen, was auch aus Fr. 9 § 2 ad L. Iul. peculat. (48. 13) von Paullus hervorgeht, wo es heißt:

Labeo libro XXXVIII. Posteriorum, peculatum definit, pecuniae publicae aut sacrae furtum non ab eo factum, cuius periculo fuit: et ideo aedituum in his, quae ei tradita sunt, peculatum non admittere.

So war also bei der depositio in aede der aedituus der eigentliche Depositar.

Wer aber war der aedituus? Darüber haben wir sehr befriedigende Quellenzeugnisse:

I. VARRO De L. L. VII. 12 (Ed. MUELLER):
Alterum a curando ac tutela, ut cum dicimus *Bellum tueor,* et *tueri uillam,* a quo etiam quidam dicunt illum, qui curat aedes sacras, aedituum, non aeditomum. Sed tamen hoc ipsum ab eadem est profectum origine, quod, quem uolumus domum curare, dicimus: *Tu domi uidebis,* ut PLAUTUS cum ait:

Intus para, cura, uide quod opus fiat.

IBID. VIII. 61:
Si ab aede et tuendo aeditumus est, cur non ab atrio et tuendo potius atritumus sit quam atriensis? [1])

PAULLUS Diacon. e FESTO s. u. Aedituus (Ed. MUELLER p. 13):
Aedituus aedis sacrae tuitor, id est curam agens. Aeditimus aedis intimus.

GELLIUS Noct. Att. XII. 10:
„Aeditimus" uerbum Latinum est et uetus, ea forma dictum, qua „finitimus" et „legitimus." Pro eo a plerisque nunc „aedituus" dicitur noua et commenticia usurpatione, quasi a tuendis aedibus appellatus. Satis hoc esse potuit admonendi gratia dixisse [....] propter agrestes quosdam et indomitos certatores, qui nisi auctoritatibus adhibitis non comprimuntur.

M. VARRO in libro II° ad Marcellum de Latino sermone „aeditumum" dici oportere censet, magis quam „aedituum", quod alterum sit recenti nouitate fictum, alterum antiqua origine incorruptum. LAEVIUS quoque, ut opinor, in Protesilaodamia „claustritumum" dixit, qui claustris ianuae praeesset, eadem scilicet figura, qua „aeditumum" dici uidebat, qui aedibus praeest. In Verrem M. TULLII in exemplaribus fidelissimis ita inueni scribtum: „Aeditumi custodesque mature sentiunt" in libris autem hoc uulgariis „aeditui" scribtum est. POMPONI fabula atellania est, quae ita scribta est: „Aeditumus." In qua hic uersus est:

„Quí tibi postquam appáreo atque aedítumor in templó tuo."

TITUS autem LUCRETIUS in carmine suo pro „aedituis" „aedituentes" appellat.

Damit übereinstimmend sind die Stellen, wo sonst der aedituus erwähnt wird [2]), namentlich:

PAULLUS Fr. 1 § 1 de tutelis (26. 1):
— itaque appellantur tutores, quasi tuitores, atque defensores: sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur,

---

[1]) Vgl. noch VARRO De L. L. V. 50 und 52. ID. De R. R. I. 2.

[2]) PLAUTUS Curcul. I. 3, 48. CICERO Accus. in C. Verrem I. IIII. c. 44. ID. Topica VIIII. SUETON. Domitian. c. 1. GELLIUS Noct. Att. VI. (VII.) 1, 6 und II. 10, 4.

woraus offenbar § 2 I. de tutel. (1. 13) entnommen ist, eine Stelle, I. welche Theophilus paraphrasirt:

— ὥσπερ aeditui λέγονται οἱ ἱερεῖς, qui aedes tuentur, τουτέστιν οἵτινες τοὺς ναοὺς ἀσφαλίζονται.[1])

Der aedituus war also nicht bloß der Wächter des Tempels — außer ihm werden ja noch eigentliche custodes erwähnt — sondern er war der Aufseher, „qui aedibus praeerat," der also die Baulichkeiten im Stande zu halten, die in denselben befindlichen Gegenstände zu hüten und für die Bewachung Sorge zu tragen hatte. Wir würden ihn mit einem modernen Ausdruck recht wohl den Kastellan des Tempels nennen können. Er wohnte in einer Zelle im oder nahe bei dem Tempel.[2]) Bei größeren Tempeln scheinen mehrere aeditui gewesen zu sein; bei kleineren befand sich wohl kein besonderer aedituus, sondern der Priester besorgte die Geschäfte desselben. Der Umstand, welcher dem Jac. Rävardus so viele Not macht, daß bei Varro und den älteren Schriftstellern der aedituus nicht als Priester aufgeführt wird, während ihn doch Theophilus Priester nennt, ist daher von geringem Belang und erklärt sich einfach, wenn wir bedenken, daß Theophilus jedenfalls den aedituus in christlichen Kirchen vor Augen hatte, welcher wohl immer geistlichen Standes war.[3])

Weshalb aber wählte man gerade die Tempel zu Depositorien? Einmal weil in älterer Zeit die Entwendung der dort deponirten Sachen, wie wir aus Cicero[4]) wissen, als Sacrilegium härter bestraft wurde, was freilich später hinwegfiel, da nach einem Rescript von Septimius Severus und Caracalla in solchem Falle die einfache Strafe des Diebstahls eintreten sollte[5]); dann aber auch, weil die Tempel besonders gut verwahrt und bewacht waren, worüber namentlich zu vergleichen ist:

Arnobius Aduers. gentes lib. VI. c. 20:

Et tamen, o isti! si apertum uobis et liquidum est, in signorum uisceribus Deos uiuere, atque habitare coelites, cur eos sub ualidissimis clauibus, ingentibusque sub claustris, sub repagulis, pessulis, aliisque huiusmodi rebus custoditis, conseruatis, atque habetis inclusos, ac ne forte fur aliquis, aut nocturnus irrepat latro, aedituis mille protegitis, atque excubitoribus mille.

---

[1]) Für aedituus braucht Scaevola in Fr. 20 de annuis legat. (33. 1): „hierophylax". In alten Glossen findet sich „ναοφύλαξ" und „νεωφύλαξ."

[2]) Minucius Felix Octau. XXV. 12 (Ed. Hal. 1699), welcher Schriftsteller auch erwähnt, es sei in den Zellen der aeditui oft eben so schlimm hergegangen, wie in Bordellen.

[3]) Uebrigens scheint man auch die thürhütenden Sclaven in Privathäusern bisweilen aeditui genannt zu haben. Vgl. Servius ad Vergil. Aen. VIIII. 647.

[4]) De legib. II. 16. S. oben S. 364.

[5]) Marcianus Fr. 5 ad L. Iul. peculat. (48. 13).

I. Uebrigens pflegten die Römer wertvolle Sachen und Geld wohl auch bei ihren Banquiers (argentarii, nummularii) zu deponiren. Darauf bezieht sich Ulpian in

Fr. 24 § 2 de reb. auctoritate iudic. (42. 5):

In bonis mensularii uendundis post priuilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, uindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui uindicat, ante priuilegia.

Wie aus dem Fragment hervorgeht und auch anderweit bekannt ist, nahmen die argentarii eine gewisse öffentliche Stellung ein („qui — fidem publicam secuti deposuerunt"), namentlich wurden ihre Läden als loci publici betrachtet [1], so daß man recht wohl dem Kävardus beistimmen könnte, wenn er Ausdrücke wie „in publico deponere" [2], „publice deponere" [3], „in publico loco deponere" [4], auf jene Deposition bei den Argentarien bezieht. Allein ich glaube, daß man ebensowohl an eine depositio in aede sacra denken kann und daß die jüngeren Röm. Juristen damit eher eine andere Art öffentlicher Deposition meinten.

Aelius Lampridius [5]) erzählt von Alexander Sever:

Horrea in omnibus regionibus publica fecit, ad quae conferrent bona ii, qui priuatas custodias non habeant.

Diese öffentlichen kaiserlichen Depositorien scheinen längere Zeit bestanden zu haben und sie sind gemeint, wenn die Kaiser Diocletian und Maximian in C. 9 de pignerat. act. (4. 24) von „horrea, quibus et alii solebant publice uti," reden. Wenn daher bei späteren Schriftstellern ein „in publico loco deponere" vorkommt, wird zunächst an die Deposition in horreis publicis zu denken sein. Doch würde man irren, wenn man glaubte, die depositio in aede habe nunmehr aufgehört. Diese ging vielmehr von den heidnischen Tempeln auf die christlichen Kirchen über und noch zu Kaiser Justinian's Zeiten hatte, wie schon oben ausgeführt worden, namentlich jede größere Kirche in ihrem cimeliarchium ein eigentliches Depositorium (vgl. S. 358).

---

[1]) ULPIANUS Fr. 32 de contrah. empt. (18. 1).
[2]) CAESAR De bello ciuil. I. 23.
[3]) PAPINIANUS Fr. 56 § 1 mandati (17. 1).
[4]) HERMOGENIAN. Fr. 64 de fideiussorib. (46. 1).
[5]) ALEXAND. SEVERUS c. XXXVIII. Ed. Histor. August. scriptor. VI. Lips. 1774.

Beilage II.

Pignus und Arrha.

Es ist uralte Sitte, ein Versprechen dadurch zu bekräftigen, daß man dem Gegner eine Sache giebt und ihm daran ein Recht einräumt, wodurch seinem Anspruch Realsicherheit gewährt wird. Die so gegebene Sache heißt arrhabo, arrha oder auch pignus. Beispiele einer solchen Realcaution kommen sowohl bei einfachen Zusagen im freundschaftlichen Verkehr [1]), als bei völkerrechtlichen [2]) und privatrechtlichen Verpflichtungen vor. II.

Ich will zunächst, um den Sprachgebrauch zu untersuchen, einige Beispiele zusammenstellen, in welchen die Wörter in ähnlicher oder gleicher Bedeutung vorkommen.

I. Plautus

1. Miles glorios. IIII. 1 uu. 11 sqq. [Fleckeisen]:

— — Palaestrio. Hunc arrabonem amoris primum a me accipe.
Pyrgopolinices. Quid hic? undest? Pa. A luculenta atque [a] festiua femina,
Quae te amat tuamque expetessit pulcram pulcritudinem.
Eius nunc mi anulum ad te ancilla porro ut deferrem dedit.

Dazu ist zu vergleichen:

Ibid. III. 3 uu. 38 sq.:

Pa. Quasique anulum hunc ancillula tua aps te detulerit ad me,
Quem [porro] ego militi darem tuis uerbis.

Ibid. uu. 56 sqq.:

Pa. Age, Periplecomene, has nunc iam duc intro. ego [eo] ad forum, illum

---

[1]) Vgl. z. B. Terent. Eunuch. Act. III sc. 4.
[2]) Vgl. z. B. Gellius Noct. Att. XVII. 2, 21.

II. Conueniam atque hunc ei anulum dabo atque praedicabo
A tua esse uxore mihi datum eamque illum deperire.
IBID. IIII. 2 u. 58:
MILPHIDIPPA: — — — — —
Nam hunc anulum [ego] ab tui cupienti huic detuli, hic [ad te] porro.

2. Trunculentus III. 2 uu. 18 sqq. [GRONOV.]:
ASTAPHIUM. Sequere intro me, amabo, mea uoluptas. STRATILAX.
Tene hoc tibi:
Rabonem habeto, mecum ut hanc noctem sies.
AS. Perii! rabonem? quam esse dicam hanc beluam?
Quin tu arrabonem dicis? ST. „Ar" facio lucri:
Vt Praenestinis conia est ciconia.

3. Mostellaria III. 1 uu. 107 sqq. [GRONOV.]:
— — — TRANIO. Aedeis filius
Tuus emit. THEUROPIDES. Aedeis? TR. Aedeis. TH. Euge Philolaches
Patrissat. Iam homo in mercatura uortitur.
Ain tu, aedeis? TR. Aedeis, inquam. Sed scin' cuiusmodi?
TH. Qui scire possim? TR. Vah! TH. Quid est? TR. Ne me roga.
TH. Nam quid ita? TR. Speculo claras, clarorem merum.
TH. Bene hercle factum. Quid? Eas quanti destinat?
TR. Talentis magnis totidem, quot ego et tu sumus.
Sed arraboni has dedit quadraginta minas.
Vgl. IBID. III. 3 uu. 13 sqq.:
TR. Me suasore atque impulsore id factum audacter dicito:
Qui subegi, foenore argentum ab Danista ut sumeret,
Quod isti dedimus arraboni.
IBID. IIII. 2 uu. 61 sqq.:
— — — TH. Quid, is aedes emit hic proxumas?
PHANISCUS. Non aio. TH. Quadraginta etiam dedit huic quae essent pignori?
PH. Neque illud aio. — —
IBID. IIII. 3 uu. 18 sqq.:
TH. Minas quadraginta accepisti, quas sciam,
A Philolachete. SIMO. Nunquam nummum, quod sciam.
TH. Quid, a Tranione feruo? SI. Multo id minus.
TH. Quas arraboni tibi dedit? SI. Quid somnias?
TH. Egone? at quidem tu, qui istoc te speras modo
Potesse dissimulando infectum hoc reddere.
SI. Quid autem? TH. Quod me absente tecum hic filius
Negotii gessit. SI. Mecum ut ille hic gesserit,
Dum tu hic abes, negotii? Quidnam? Aut quo die?

Th. Minas tibi octoginta argenti debeo. II.
Si. Non mihi quidem hercle. Verum, si debes, cedo.
Fides seruanda est, ne ire inficias postules.
Th. Profecto non negabo debere, et dabo.
Tu caue quadraginta accepisse hinc ne neges.
Si. Quaeso edepol huc me aspecta, et responde mihi.
Te uelle uxorem aiebat tuo nato dare,
Ideo aedificare hoc uelle aiebat in tuis.
Th. Hic aedificare uolui? Si. Sic dixit mihi.
Th. Hei mihi, disperii! *etc.*

Ibid. V. 1 uu. 29 sqq.:
— — Th. Edepol mihi opportune aduenit.
Nostrum ego hunc uicinum opinor esse hominem audacem et malum.
Tr. Quid dum? Th. Qui negat nouisse uos. Tr. Negat? Th. Nec uos sibi
Nummum unquam argenti dedisse. Tr. Abi, ludis me, credo: haud negat *etc.*

4. Poenulus V. 5 uu. 1 sqq. [Gronov.]:
Anthemonides. Si ego minam non ultus fuero probe, quam lenoni dedi,
Tum profecto me sibi habento scurrae ludificatui.
Is etiam me ad prandium ad se adduxit ignauissumus,
Ipse abiit foras, me reliquit pro atriensi in aedibus:
Vbi nec leno, neque illae redeunt, nec quod edim quidquam datur:
Pro minore parte prandii pignus cepi, abii foras,
Si dedero, aere militari tetigero lenunculum.
Nactus est hominem, mina quem argenti circumduceret.
Ibid. V. 6, 22
An. Leno! arrabonem hoc pro mina mecum fero.

5. Rudens Prolog. uu. 44 sqq. [Fleckeisen]:
Amare occepit: ad lenonem deuenit,
Minis triginta sibi puellam destinat
Datque arrabonem et iureiurando adligat.
Ibid. II. 6 uu. 70 sqq.:
Labrax. Nunc si me adulescens Plesidippus uiderit,
Quo ab arrabonem pro Palaestra acceperam,
Is exhibebit hic iam mihi negotium.
Ibid. III. 6 uu. 22 sqq.:
Plesidippus: — — — —
Age, ambula in ius. La. Quid ego deliqui? Pl. Rogas?
Quine arrabonem a me accepisti ob mulierem
Et eam hinc auexti.

II.

II. Terentius

Heautontimorum. III. 4 uu. 10 sqq. (Ed. Reinhardt):

— — Syrus. Fuit quaedam anus Corinthia
Hic; huic drachumarum argenti haec mille dederat mutuum.
Chremes. Quid tum? Sy. Ea mortua'st: reliquit filiam adulescentulam
Ea relicta huic arraboni est pro illo argento. Chr. Intellego.
Sy. Hanc secum huc adduxit, eam, quae est nunc apud uxorem tuam.
Chr. Quid tum? Sy. Cliniam orat, sibi ut id nunc det: illa illi tamen
Post datum iri mille numum praes sit. Ch. Et praes sit quidem? Sy. Hui,
Dubium id est? ego sic putaui. Ch. Quid nunc facere cogitas?
Sy. Egone? ad Menedemum ibo: dicam, hanc esse captam ex Caria,
Ditem et nobilem: si redimat, magnum esse in ea re lucrum.
Ch. Erras. Sy. Quid ita? Ch. Pro Menedemo nunc ego tibi respondeo: „Non emo *etc.*

Vgl. Ibid. IIII. 3 uu. 42 sqq.:

Sy. Fiat: quaeratur aliud, sed illud, quod tibi dixi de argento, quod ista debet Bacchidi,
Id nunc reddendum'st illi: neque tu scilicet
Eo nunc confugies, quid mea? num mihi datum'st?
Num iussi? Num illa oppignerare filiam
Meam me inuito potuit? uere illud Chreme
Dicunt, ius summum saepe summa est malitia.
Ch. Haut faciam. Sy. Immo aliis si licet, tibi non licet.
Omnes te in lauta esse et bene aucta re putant.
Ch. Quin egomet iam ad eam deferam *etc.*

III. Apuleius

Metam. I c. 21 [Hildebrand].

Inibi iste Milo deuersatur ampliter nummatus et longe opulentus, uerum extremae auaritiae et sordis infimae infamis homo; foenus denique copiosum sub arrhabone auri et argenti crebriter exercens: exiguo Lare inclusus et aerugini semper intentus, cum uxorem etiam calamitatis suae comitem habeat.

Hier wird überall pignus und arrha fast ohne Unterscheidung gebraucht. In den Stellen I. 1 und I. 2 steht arrhabo nicht im juristischem, sondern in einem übertragenen Sinn, etwa wie wir Unterpfand und die Römer häufig pignus gebrauchen.

Rücksichtlich der anderen Stellen läßt sich die juristische technische Bedeutung nicht abläugnen, und zwar wird in den Stellen sub I. 3

I. 4 und II. dasjenige, was an dem einen Ort arrhabo heißt, an II. dem anderen pignus genannt, in I. 5 aber könnte gerade so gut, wie in I. 3 arrhabo anstatt pignus stehen und in der Stelle sub III. endlich sollte man wohl eher pignus als arrhabo erwarten.

Und doch erkennen die Römer selbst an, daß ein Unterschied zwischen pignus und arrha stattfinde. Die wichtigsten Stellen in dieser Beziehung sind von späteren Schriftstellern. Aus der Zeit der Republik finde ich eine Bemerkung über die Bedeutung von arrha nur bei:

VARRO De Ling. Lat. V. 175 (Ed. MUELLER):

Arrabo sic data, ut reliquom reddatur; hoc uerbum item a Graeco ἀῤῥαβών.[1]) Reliquom, quod ex eo quod debitum reliquom.

Damit stimmen in gewisser Beziehung überein:

S. AURELII AUGUSTINI Episcopi Sermo XXIII De XXXIIII u. Psalmi LXXII Cap. 8[2]):

Pignus enim accepimus. Quid illud est, cuius pignus tale est? Quamquam melius habent codices, qui habent arram, quam qui habent pignus. Eamdem quippe rem interpretes dicerè uoluerunt. Interest tamen aliquid in loquendi usu inter arram et pignus. Pignus enim quando datur, cum datum fuerit propter quod pignus datum est, pignus auferetur. Iam multos uestrum intellexisse non dubito. Non uideo, sed ex collocutione, quia loquimini ad alterutrum, sentio eos qui intellexerunt, uelle exponere iis, qui nondum intellexerunt. Ergo planius aliquanto dicam, ut ad omnes perueniat. Accipis, uerbi gratia, codicem ab amico tuo; ut tibi det, das aliquod pignus: cum reddideris quod accepisti, propter quod pignus posuisti, ille quod reddideris habebit, tu pignus recipies: non enim habebit ambas res.

Cap. 9. Quid ergo, Fratres? Si caritatem modo Deus tamquam pignus dedit per Spiritum-sanctum suum, cum rem ipsam reddiderit, qua promissa pignus dedit, auferendum est nobis pignus? Absit. Sed quod dedit, hoc implebit. Ergo melius arra quam pignus. Aliquando enim pretium, uerbi gratia, praeparas dare pro ea re quam tenes bonae fidei contractu, de ipso pretio das aliquid; et erit arra, non pignus; quod sit complendum, non quod auferendum. *Etc.*

---

[1]) Das griechische Wort stammt wahrscheinlich aus dem Hebräischen. Ueber die Bedeutung ist zu vergleichen SUIDAS, Lexic. (Ed. BERNHARDY): Ἀραβών· ἡ ἐν ταῖς ὠναῖς περὶ τῶν ὠνουμένων διδομένη πρώτη καταβολὴ ὑπὲρ ἀσφαλείας.

[2]) Ausg.: S AURELII AUGUSTINI Hipponensis Episcopi Opp. . . . . Opera et studio Monachorum Ordinis S. Benedicti e congregatione S. Mauri. Ed. IIIª Veneta. Tom. VII. pars Iª. Bassani 1802. Col. 125.

H. Id. Sermo CLVII De uerbis Apostoli Rōm. VIII c. 15[1]:
Qualis res est, si pignus tale est? Nec pignus, sed arra dicenda est. Pignus enim quando ponitur, cum fuerit res ipsa reddita, pignus aufertur. Arra autem de ipsa re datur, quae danda promittitur; ut res quando redditur, impleatur quod datum est, non mutetur.

Id. Sermo CCCLXXVIII In die Pentecostes[2]:
Melius enim dicitur arra quam pignus. Haec enim duo similia uidentur inter se; sed tamen habent aliquam differentiam non negligendam. Et pignus quando datur, et arra quando datur, ideo fit, ut quod promittitur impleatur: sed quando datur pignus, reddit homo quod accepit, re completa propter quam pignus accepit; arra autem quando datur, non recipitur, sed superadditur ut impleatur.

Isidor. Etymol. lib. V c. 25 N. 20:
Interest autem in loquendi usu inter pignus et arram. Nam pignus est quod datur propter rem creditam, quae dum redditur, statim pignus aufertur. Arra uero est, quae primum ex parte datur, et postea completur.

21. Est enim arra complenda, non auferenda, unde qui habet arram, non reddit, sicut pignus, sed desiderat plenitudinem et dicta arra a re, pro qua traditur. Item inter pignus et fiduciam et hypothecam hoc interest.

22. Pignus est enim, quod propter rem creditam obligatur: cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. Ceterum dominium penes debitorem est.

23. Fiducia est, quum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia uel mancipatur, uel in iure ceditur.

24. Hypotheca est, quum res commodatur sine depositione pignoris, pactione, uel cautione sola interuentione.[3])

Auch ein altes von Brissonius[4]) citirtes Glossar giebt eine ähnliche Begriffsbestimmung der arrha:

Arra est non solum sponsio coniugalis, sed pro qualibet promissa re data ut compleatur.

Es ist einleuchtend, daß überall nicht eine genaue juristische Un=

---

[1]) Edition. cit. T. VII pars Iª col. 757.

[2]) Ed. cit. Tom. VII pars IIª col. 1492.

[3]) Aehnliches s. bei Chrysostom. Homil. De capto Eutropio et de diuitiar. uanitate c. 12 (Ed. Monfaucon Paris 1835 Tom. III p. 474). Id. De resurrectione mortuor. c. 8 (Tom. II p. 515). Vgl. noch die in der Reitz'schen Ausgabe des Theophilus (Ad Pr. I. de emptione et uenditione [3. 23]) citirten Stellen des Chrysostomus.

[4]) De Verb. Sign. s. u. Arra.

terscheidung zwischen pignus und arrha gegeben werden soll, sondern II. daß es sich lediglich um die Darstellung des gemeinen Sprachgebrauchs handelt. Daher erklärt es sich auch, daß bloß die im Verkehr am häufigsten vorkommende Form der arrha, die in Geld bestehende arrha, ins Auge gefaßt wird, ein Fehler, an dem schon Plinius laborirt, wenn er sagt:

Histor. natural. XXXIII. 6 i. f. (I. Sillig):

— argumento est consuetudo uulgi, ad sponsiones etiamnum anulo exsiliente, tracta ab eo tempore, quo nondum erat arrha uelocior, ut plane affirmare possimus, nummos ante apud nos, mox coepisse anulos.

Da der älteren Sitte, Ringe bei Wetten einzusetzen (pignore certare), die arrha gegenübergestellt und dann gesagt wird, vor Einführung des Geldes seien die Ringe in Gebrauch gewesen, muß die arrha notwendig als Geben von Geld aufgefaßt sein. Und doch wird nicht bloß von Plautus und Terentius auch beim Hingeben von Ringen und anderen Sachen von arrhabo gesprochen, sondern noch Ulpián faßt das Einsetzen von Ringen zur Sicherung der Contracte als arra auf[1]) und auch das Ueberreichen des Verlobungsrings (anulus pronubus) galt als arrha sponsalitia[2]), wie denn überhaupt rücksichtlich Letzterer die Wörter arrha und pignus auch in späteren Zeiten noch gleichbedeutend gebraucht werden.[3])

So können wir uns denn von den citirten Schriftstellern wenig Rats erholen. Und doch ist der Versuch Augustin's und Isidor's, einen Unterschied zwischen arrha und pignus zu finden, ein deutlicher Beweis, daß wirklich im Leben und in der Anwendung ein solcher existirte, wenn auch den genannten nichtjuristischen Schriftstellern (ebenso wie dem Varro und Plinius) der eigentliche Kern der

---

[1]) Fr. 11 § 6 de actionib. empti uenditi (19. 1). Fr. 5 § 15 de institor. act. (14. 3).

[2]) Cuiacius Obseruatt. XI. 17 und die dort Citirten. Freilich wird von Iuvenalis VI. 27:

„— et digito pignus fortasse dedisti"

der anulus pronubus ein pignus genannt, ebenso von S. Euseb. Hieronymus Laus uirginitatis (Opp. ed. Martianay et Pouget. Paris 1693—1706. Tom. V col. 114): „Quaecumque ergo humanorum sponsaliorum pignoribus subarratur." Allein das erklärt sich daraus, daß die arra sponsalitia überhaupt öfter pignus genannt wird. S. folg. Note.

[3]) Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius CC. 10. 11 §§ 1 und 4 C. Th. de spons. (3. 5) vgl. mit Honorius et Theodosius C. 1 C. Th. si nuptiae ex rescripto pet. (10. 10). — Uebrigens scheint auch das Einsetzen von Spielmarken als arrha gegolten zu haben, denn die bei C. F. Hommel Iurisprud. numismatib. illustrata Lips. 1763 p. 67 sqq. erwähnte und abgebildete Münze mit der Inschrift: Qvi lvdit || arram || det qvod || satis sit ist doch wohl eine Spielmarke.

II. Sache entging und etwas Aeußerliches und mehr Zufälliges für das Charakteristische und mit Nachdruck zu Betonende genommen wurde.

Etwas ergiebiger, obwohl uns nicht befriedigend, ist eine Stelle bei Gellius (Noct. Att. XVII. 2, 21). Dieser führt folgende Stelle aus Q. Claudius [Quadrigarius] an:

Cum tantus — arrabo penes Samnites populi Romani esset,

zu welcher er bemerkt:

„Arrabonem" dixit sescentos obsides et id maluit, quam pignus dicere, quoniam uis huius uocabuli in ea sententia grauior acriorque est. Sed nunc „arrabo" in sordidis uerbis haberi coeptus ac multo uidetur sordidius „arra", quamquam „arra" quoque ueteres saepe dixerint et conpluriens LABERIUS.

Das Wort arrhabo ist stärker und kräftiger, wird behauptet. Demnach fallen allerdings pignus und arrhabo unter einen gemeinsamen Gattungsbegriff, aber arrhabo ist die stärkere, kräftigere Species. Erinnern wir uns nun, daß pignus eine doppelte Bedeutung hat, eine weitere, in welcher es jede Realcaution durch Pfandbestellung, also jede Art der Verpfändung[1]), und eine engere, wo es nur das Faustpfand bezeichnet, so wäre es möglich, daß arrhabo wohl unter pignus im weiteren Sinne sich subsumiren ließe, daß es aber dem pignus im engeren Sinn als die stärkere und kräftigere Species gegenüberstände. Wie läßt sich diese Unterscheidung schärfer juristisch auffassen und ausdrücken?

Daß im Verkehr öfter Geld als eine andere Sache zur arrha gegeben wurde, geht aus den citirten Stellen von Varro, Plinius, Augustinus, Isidor zur Genüge hervor. Wenn aber A dem B Geld zahlt, um eine Forderung des Letzteren zu sichern, so kann dies nur so geschehen, daß A das Eigenthum an dem Geld auf B überträgt, während B sich verpflichtet, jenes Geld zurückzuerstatten, wenn A der Verpflichtung, für welche Sicherheit gewährt werden soll, nachgekommen sein werde. So entsteht neben der Hauptobligation eine bedingte Nebenobligation, in welcher der Creditor der Hauptobligation Debitor und der Debitor der Hauptobligation Creditor ist. Diese bedingte Nebenobligation ähnelt dem pactum fiduciae, nur daß in unserem Fall Eigenthum an einer res fungibilis durch bloße Tradition übertragen und daher eintretenden Falls dieselbe nicht in specie, sondern in genere zu restituiren ist. Die Aehnlichkeit tritt noch deutlicher hervor, wenn wir uns nichtfungible res nec mancipi, z. B. Ringe, zur arrha gegeben denken. Was uns abhalten könnte, den fraglichen Nebenvertrag geradezu als ein pactum fiduciae zu charakterisiren, ist der Umstand, daß gewöhnlich angegeben wird, ein

---

[1]) S. die Wörterbücher.

pactum fiduciae könne nur zu der feierlichen Eigenthumsübertragung II. durch in iure cessio und mancipatio hinzutreten. Allein die Stellen bei Gaius, auf welche man sich beruft:

Institutt. II. 59:

Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam soli si sit.

Institutt. III. 201:

— debitor quoque qui fiduciam quam creditori mancipauerit aut in iure cesserit, detinet, ut superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

beweisen keineswegs, daß die fiducia immer eine mancipatio oder in iure cessio voraussetzte. Es werden vielmehr nur deshalb Fälle der fiducia bei Eigenthumsübertragungen durch in iure cessio und mancipatio angeführt, weil es sich um die usureceptio handelt und diese vorzugsweise für den Fall eingeführt war, wo die einem Freund oder einem Creditor sub pacto fiduciae mancipirte oder in iure cedirte res mancipi einfach zurücktradirt, nicht aber, wie es sich gehört hätte, durch jene feierlichen Handlungen in bester Form Rechtens ins Eigenthum des Deponenten oder des Verpfänders zurückübertragen wurde. Auf die oben (S. 374) abgedruckte Stelle Isidor's aber kann man sich ebensowenig berufen, wie auf Gaius; dieselbe bezieht sich lediglich auf die „fiducia cum creditore pignoris iure", und zwar auf den speciellen Fall, wo die Verpfändung für ein Darlehn geschehen war, so daß anzunehmen ist, die Quelle, aus welcher Isidor schöpfte, habe geradeso wie Gaius mit gutem Grund, vielleicht wieder weil von der usureceptio die Rede, nur die fiducia bei Eigenthumsübertragung durch in iure cessio oder mancipatio berücksichtigt. Einen Fall der Freundschaftsfiducia hat Boethius (Ad Cicer. Top. c. 10 l. IIII) vor Augen, wenn er sagt:

Fiduciam accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam remancipet; uelut si quis tempus dubium timens, amico potentiori fundum mancipet, ut ei, quum tempus, quod suspectum est, praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominabatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.

Allein auch diese Stelle bringt nur ein Beispiel, nicht alle möglichen Fälle der Eigenthumsübertragung sub pacto fiduciae. Das zeigt sich darin, daß nicht einmal der in iure cessio, welche doch anderwärts ausdrücklich genannt ist, gedacht wird.

In älterer Zeit mußte derjenige, welcher während seiner Abwesenheit dem Freund kostbare Kunstwerke, goldene und silberne Gefäße zur Bewahrung übergab, dem Depositar, wenn er bei der Unzulässig-

II. keit der prozessualischen Stellvertretung im Legisactionenprozeß[1]) denselben auch zur etwa notwendigen Klagenerhebung oder Vertheidigung ermächtigen wollte, das Eigenthum gerade so gut übertragen, wie bei res mancipi. Die Eigenthumsübertragung sub pacto fiduciae wird also dort ebenso vorgekommen sein, wie hier. Das Bedürfniß nach rechtlichem Schutz des pactum fiduciae war in beiden Fällen gleich stark, und so glaube ich denn, daß auch einer Eigenthumsübertragung durch traditio das pactum fiduciae mit voller Wirkung beigefügt werden konnte: auch hier verlangte es die bona fides, den Uebertragenden nicht zu verlassen und die actio fiduciae trägt vor allen anderen Klagen den Character eines bonae fidei iudicium, ja sie ist die in eine Klage verkörperte Berücksichtigung der bona fides selbst.[2])

Ich characterisire daher unbedenklich die arrha als Verpfändung durch Eigenthumsübertragung sub pacto fiduciae. Möglich jedoch, daß man gerade, da für die arrha ein besonderer Name eingeführt wurde, den Ausdruck fiducia vorzugsweise bei der durch mancipatio oder in iure cessio geschehenen Eigenthumsübertragung brauchte. Deshalb wollen wir auch diese der arrha gegenüber immer als „fiducia im engeren Sinn" aufführen. Bestand die arrha in Geld, so ist es ganz natürlich, daß man, wenn der Gegenstand der Hauptleistung mit demjenigen der arrha gleichartig war, bei der Hauptleistung die schon gegebene arrha abzog, indem man dann die Forderung des Creditor in der Hauptobligation mit derjenigen des Creditor aus dem pactum fiduciae theilweise compensirte, und vielleicht ist dies einer der Fälle, wo die Compensation zuerst zu einer notwendigen wurde. Bestand dagegen die arrha aus nichtfungiblen Sachen, so trat wohl dasselbe juristische Verhältniß ein, aber an eine Compensation der Hauptforderung mit der Forderung aus dem pactum fiduciae war nicht zu denken. Es mußte vielmehr hier der Gegenstand der arrha nach erfolgter Hauptleistung stets zurückgegeben werden und es war diese Zurückgabe mit der actio fiduciae erzwingbar.

Daß eine in Geld oder in anderen res fungibiles bestehende arrha nicht von einem Darlehnsschuldner gegeben wurde, ist einleuchtend, da ja der das Darlehn Aufnehmende Geld brauchte und somit solches nicht zur Sicherung der Forderung seines Gläubigers geben, bezüglich sich dasselbe durch den Verkauf seiner res fungibiles nicht

---

[1]) Gaius IIII. 82. Keller, Röm. Civilprozeß § 54 S. 220.

[2]) Vgl. Cicero Orat. pro Q. Roscio c. 6. Id. Epist. ad diuers. VII e. 12: „Vbi porro illa erit formula fiduciae: Ut inter bonos bene agier oportet." Cf. Id. De offic. III. 15 und 17; De nat. Deor. III. 30; Orat. pro Caec. c. 3. Wenn eben S. 48 Not. 2 bemerkt ist: „Ueberdem konnte die fiducia nur durch Mancipation oder in iure cessio eingegangen werden", so bezieht sich das natürlich nur auf die fiducia bei res mancipi.

verschaffen konnte. So werden denn zur Sicherung eines Darlehns II. immer res non fungibiles gegeben worden sein. Die wichtigsten der im Verkehr vorkommenden res non fungibiles sind aber res mancipi, daher bei dem Darlehn meistens eine fiducia im engeren Sinn angewendet werden mußte, worauf sich auch § 23 der mehrfach allegirten Stelle Isidors zu beziehen scheint, obwohl die oben abgedruckten Stellen aus Terenz (Heautontim. III. 4, 10 sqq.)[1]) und Apuleius (Metam. I. c. 21) beweisen, daß es nicht unerhört war, auch beim Darlehn von einem arrhabo zu sprechen, so daß also die arrha (vielleicht wenn das Pfand in nichtfungiblen res nec mancipi bestand) bei diesem Rechtsgeschäft doch auch vorgekommen sein muß. Ebenso ist es kein Zweifel, daß auch bei anderen stricti iuris obligationes die arrha angewendet wurde, wenngleich bei bedingten Sponsionen oder Stipulationen (z. B. bei Wetten) es wohl practischer war, das eigentliche pignus zu gebrauchen, da ja die Forderung dort noch ins Unsichere gestellt blieb und es daher gewiß überflüssig gewesen wäre, sich dafür der stärksten Form der Verpfändung zu bedienen. So blieben denn als eigentliches Gebiet für die arrha die bonae fidei contractus und die formlosen Verträge übrig, unter jenen aber kam sie am häufigsten in Anwendung beim Kauf. Die fiducia im engeren Sinn würde für diese Geschäfte wegen der förmlichen Eigenthumsübertragung durch mancipatio zu unbequem und überdem bei res nec mancipi also auch bei Geld nicht möglich sein, das pignus aber kann an Geld, da die Uebertragung des bloßen Besitzes daran nicht denkbar, ebenfalls nicht stattfinden. Daher erklärt es sich denn, weshalb gerade bei bonae fidei negotia eine meistens in Geld bestehende arrha am häufigsten erwähnt wird.

Ich brauche kaum ausdrücklich zu bemerken, daß dieses Alles von einer Zeit gilt, wo das Recht des Pfandverkaufs jedenfalls noch nicht mit dem Pfandrecht ipso iure verbunden war, wo sogar die Verkaufsberedung noch nicht oder doch höchst selten vorgekommen zu sein scheint.[2]) Häufiger wurde in jener alten Zeit die lex commissoria den Verpfändungen aller Art beigefügt. Zu den schon oben[3]) an-

---

[1]) Bemerkenswert ist es übrigens, daß Terentius gerade die Verpfändung eines Kinds arrhabo nennt. Eine solche Verpfändung konnte jedenfalls nur so geschehen, daß der Vater das Kind sub pacto fiduciae ins Mancipium gab. Puchta, Institutionen Bd. 2 § 274 S. 732. Bei Terentius hat nun freilich die angebliche Mutter das Kind verpfändet, welche dasselbe nicht mancipiren konnte, weshalb auch die Verpfändung ungültig ist. Allein die Stelle beweist doch, wie man geneigt war, eine Verpfändung sub pacto fiduciae als arrha zu bezeichnen.

[2]) S. oben § 33 S. 70.

[3]) § 33 S. 71.

II. geführten Beispielen komme hier noch eines von einer zur fiducia hinzutretenden lex commissoria.

CICERO Orat. pro Flacco c. XXI:

Abduxisti Temno Apollonidem: pecuniam adulescentulo, grandi foenore, fiducia tamen accepta, occupauisti. Hanc fiduciam commissam tibi dicis: tenes hodie ac possides. Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni uenire ad testimonium dicendum coegisti.

Wenn nun auch die frühere Meinung, daß die fiducia stets eine lex commissoria enthalten habe[1]), schon seit Jac. Gothofredus[2]) als abgethan zu betrachten ist, so läßt sich doch, besonders nach der eben citirten Stelle von Cicero, nicht läugnen, daß bei der fiducia eine lex commissoria vorkommen konnte.[3]) Diese war eigentlich nichts Anderes, als eine dem pactum fiduciae beigefügte Resolutivbedingung. Ebenso wie zur eigentlichen fiducia konnte die lex commissoria zur arrha hinzutreten, so daß die Letztere Demjenigen, welchem sie geleistet war, verfiel, wenn von dem Geber nicht oder nicht rechtzeitig geleistet wurde. Die arrha ohne lex commissoria ist die jetzt sogenannte arrha confirmatoria, die arrha mit lex commissoria die jetzt sogenannte arrha poenitentialis. Die Vorschriften über die sogenannte arrha contractu imperfecto data sind erst Justinianischen Ursprungs.[4]) Dabei sei

---

[1]) CUIACIUS Not. ad PAULL. II. 12 (Ed. Col. Agr. 1577) und anderwärts; FR. BALDUINUS De pignoribus c. XVII (Iurisprudent. Rom. et Attica. Lugd. Bat. 1738 T. I c. 300); Schweppe, Geschichte des Röm. Rechts. Gött. 1832 § 286. Vgl. Warnkönig, Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der L. commissoria beim Pfandrecht im Archiv für civilistische Praxis Bd. 24 S. 337 ff. Doch sind die Citate dieses Schriftstellers nicht überall zuverlässig. So finde ich in dem kurzen Commentar des F. HOTAMANNUS Ad L. ult. C. de pact. pignorum et de lege commissoria (8. 35) (Ed. Basil. 1576) kein Wort davon erwähnt, daß das pactum fiduciae stets eine lex commissoria enthalten habe.

[2]) Commentar. ad C. 1 Cod. Theod. de commissor. rescindend. (III. 2). Vgl Warnkönig a. a. O.

[3]) ZACHARIAE Dissertatio de fiducia. Gott. 1830 p. 23. Warnkönig a. a. O. S. 347.

[4]) Pr. I. de empt. uendit. (3. 23) vgl. mit IUSTINIAN C. 17 de fide instrumentor. (4. 21). Die uns berührenden Stellen des Pr. I. lauten: „Emptio et uenditio contrahitur simulatque de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae. — — Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emptor, uel uenditor sine poena recedere ab emptione. Ita tamen impune iis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum; hoc etenim subsecuto, siue in scriptis, siue sine scriptis uenditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si

gleich bemerkt, daß man in späterer Zeit versuchte, die arrha unter dem bequemen Gesichtspunkt des Innominatcontracts zu betrachten. Dennoch wird es die beste Probe für die von uns aufgestellten Behauptungen sein, wenn wir die in den Rechtsquellen sich findenden Stellen über die arrha hier der Reihe nach kurz betrachten. Daß daselbst nirgends ausdrücklich des Zusammenhangs mit der fiducia gedacht wird, ist schon daher erklärlich, daß „fiducia" eines der Wörter ist, welche die Compilatoren planmäßig entfernt haben.

1. Unbedeutend sind zwei Stellen von Gaius:

Institutt. III. 139:

Emptio et uenditio contrahitur cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit: nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae.[2])

Fr. 35 pr. de contrahenda emptione (18. 1):

GAIUS (libro X° ad Edictum prouinciale)

Quod saepe arrhae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conuentio nihil proficiat, sed ut euidentius probari possit, conuenisse de pretio.

Diese Stellen beweisen nicht für, aber auch nicht gegen mich. Es ist natürlich, daß ein Pfand erst gegeben werden kann, wenn der Contract, zu dessen Sicherung es dienen soll, perfect ist, denn vorher ist ja keine Obligation — die erste Voraussetzung jedes Pfandrechts — vorhanden. Man kann also wohl sagen, aus der Existenz des Pfandes, der arrha, kann man zurückschließen auf die Existenz, folglich auf die Perfection der Obligation.

2. Aus dem zweiten Buch der Responsa des Cervidius Scävola ist entnommen:

Fr. 6 pr. de lege commissoria (18. 3):

De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quominus lege pareretur, et ea lege uti uenditor uelit, fundos inemptos fore, et id, quod arrhae uel alio[1]) nomine datum esset, apud uenditorem remansurum.

Es fragt sich, welchem Vertrag hier die lex commissoria beigefügt sei, ob dem arrhale pactum, oder dem Kaufvertrag. Die Antwort

---

uero uenditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum est." Die letzten Worte paraphrasirt THEOPHILUS: „τὸ διπλοῦν παρέχειν ἀναγκάζεται, τουτέστιν αὐτὸ τὸ δοθὲν καὶ ἕτερον τοσοῦτον, εἰ καὶ μηδὲν τοιοῦτον ἐν τῷ διδόσθαι τοὺς ἀῤῥαβῶνας συνεφωνήθη."

[1]) Vgl. das in voriger Note citirte Pr. Inst.

[2]) Das vage „uel alio" haben vielleicht die Compilatoren für „uel fiduciae" interpolirt.

II. darauf giebt uns eine Stelle desselben Schriftstellers aus dem siebenten Buch seiner Digesten:

Fr. 8 eod. (18. 3):

Mulier fundos Caio Seio uendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae; quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arrham perderet, et inemptae uillae essent; die statuto emptor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsoluere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignauit, defuisse autem uenditricem; posteriore autem die nomine fisci testato conuentum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolueret, quam fisco satisfaceret; quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a uenditrice uindicari debeant ex conuentione uenditionis? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non commisisse in legem uenditionis emptorem.

Hiernach wurde durch die lex commissoria bestimmt: „ut, si solutioni statutis temporibus emptor non paruisset, arrham perderet et inemptae uillae essent." Es geht also die Uebereinkunft dahin: Wenn die Zahlungsfristen nicht eingehalten werden, soll 1. die arrha verfallen, d. h. das bei der Eigenthumsübertragung des Gegenstands der arrha beigefügte pactum fiduciae oder arrhale pactum hinwegfallen; 2. der Kaufvertrag rescindirt werden. Sonach pflegte die lex commissoria sowohl dem arrhale pactum als dem Kaufvertrag selbst beigefügt zu werden. Dieß war, besonders wenn die arrha in res non fungibiles bestand, nothwendig, damit nicht der Verkäufer, wenn er die Sache schon tradirt hatte, in Schaden kam; denn die arrha war nicht bestimmt, verkauft zu werden, so daß der Erlös daraus als Aequivalent für den Kaufschilling gedient hätte, sondern sie war — wie in der älteren Zeit jedes Pfand — eine Realversicherung ohne Verkaufsrecht des Gläubigers. Uebrigens geht aus Fr. 6 cit. hervor, wie an der arrha dem Creditor Eigenthum übertragen war, indem einmal gesagt ist: „quod — datum esset", dann aber „apud uenditorem remansurum." Dem scheint zu widersprechen, daß es in Fr. 8 cit. heißt: „ut arrham perderet." Allein diese Worte beziehen sich nur auf den Verlust des Rückforderungsrechts der arrha, keineswegs auf den Verlust des Eigenthums an derselben, denn dieses war schon auf den Creditor übergegangen.

3. Von Ulpian finden sich folgende Stellen in den Pandekten:

Fr. 5 § 15 de institoria (14. 3):

Item si institor, quum oleum uendidisset, anulum arrhae nomine acceperit, neque eum reddat, dominum institoria teneri; nam eius rei causa, in quam praepositus est, contractum est, nisi forte

mandatum ei fuit, praesenti pecunia uendere; quare si forte pignus II. institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit.

Hier wird entschieden auf den Zusammenhang zwischen arrha und pignus hingewiesen. Wenn der institor Ringe als arrha empfing und diese Ringe nach bezahltem Kaufpreis nicht zurückgegeben werden, so soll gegen den Prinzipal die institoria (fiduciae) actio, oder, da man es bei einem bonae fidei Contract, wie bei dem Kauf, nicht für nötig fand, das pactum fiduciae als besonderen, vom Hauptgeschäft abgetrennten Vertrag aufzufassen [1]), die institoria (ex empto) actio stattfinden. Wir erkennen hieraus, wie das Eigenthum an den Ringen auf den Verkäufer übergegangen war, denn die Ringe können nicht vindicirt werden, man mußte seine Zuflucht nehmen zu einer persönlichen und noch dazu sehr künstlichen Klage, zu der institoria. Trotz des Eigenthumsübergangs existirt aber die Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigenthums nach getilgter Hauptforderung aus dem pactum fiduciae. Als Grund für die Zulässigkeit der institoria wird angegeben: Der institor hat bei Annahme der arrha in seiner Qualität als institor gehandelt, folglich muß die institoria aus dem eingegangenen pactum fiduciae gegen den Prinzipal gegeben werden — es wäre denn, daß der institor seine Procura überschritten hätte. Ebenso wie nun die arrha mit der actio (empti) institoria zurückgefordert wird, schließt Ulpian, kann auch, wenn nicht eine arrha, sondern ein pignus gegeben ist, dieses nach getilgter Hauptverbindlichkeit mit der actio (pigneraticia directa) institoria zurückverlangt werden. Offenbar aber zeigt die Stelle, daß noch die späteren klassischen Juristen gewohnt waren, arrha und pignus als etwas Verwandtes nebeneinander zu betrachten.

Fr. 11 § 6 de A. E. V. (19. 1):

Is, qui uina emit, arrhae nomine certam summam dedit; postea conuenerat, ut emptio irrita fieret; Iulianus ex empto agi posse ait, ut arrha restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. Ego illud quaero, si anulus datus sit arrhae nomine, et secuta emptione pretioque numerato, et tradita re, anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit, an uero ex empto agendum sit? Et Iulianus diceret, ex empto agi posse; certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud uenditorem est anulus.

Ulpian führt vom pr. des Fr. 11 cit. an den Satz durch, daß aus Nebenverabredungen beim Kauf mit der actio empti *resp.* uenditi als einer bonae fidei actio zu klagen sei. Im § 6 referirt unser Autor

[1]) Ulpianus Fr. 11 de A. E. V. (19. 1).

II. zuerst über einen Fall aus der Praxis des Julian. Es war ein Kauf abgeschlossen, vom Käufer eine bestimmte Summe als arrha gegeben und dann das Geschäft durch mutuus dissensus wieder aufgehoben worden. Julian hatte die Ansicht, daß die arrha mit der actio empti zurückgefordert werden könne; natürlich, denn das bei der Eigenthumsübertragung an dem Gegenstand der arrha abgeschlossene pactum fiduciae wurde ja als im Kaufvertrag mitenthalten angesehen, und da nunmehr, in Folge der Uebereinstimmung beider Theile, die Leistung aus der Hauptforderung unterblieb, folglich die Bedingung, unter welcher das pactum fiduciae wirksam wurde, in Gemäßheit beiderseitiger Uebereinstimmung nicht eintreten konnte, so mußte auch das pactum fiduciae für mitaufgehoben gelten und es konnte mit der bonae fidei Contractsklage ex empto auf Aufhebung desselben, d. h. eben auf Zurückgabe der arrha geklagt werden, gerade so, wie unter Umständen eine actio empti dazu diente, selbst Aufhebung des Hauptcontracts, bezüglich Zurückgabe des schon Geleisteten zu erlangen. — An diesen Fall schließt Ulpian einen zweiten aus seiner Praxis. Es ist bei einem Kauf dem Verkäufer ein Ring als arrha gegeben, dann der Preis bezahlt und die Sache tradirt, aber der Ring nicht restituirt worden. Da, meint Ulpian, würde Julian wieder die actio empti (in welcher als bonae fidei Contractsklage die actio fiduciae mitenthalten) zulassen; jedenfalls aber, fährt er fort, sei auch eine condictio anwendbar, da ja der Ring nunmehr sine causa bei dem Verkäufer sich befinden würde. Die Stelle zeigt, wie der Sabinianer Julian noch streng an der ursprünglichen Auffassung festhält; nur daß die bonae fidei obligatio ex pacto fiduciae in die bonae fidei obligatio ex empto miteingeschlossen gedacht wird; wie aber schon bei Ulpian der Gesichtspunkt eines unbenannten Realcontracts Platz greift, obwohl er die entgegenstehende Ansicht nicht gerade für unrichtig erklärt.

4. Der alten Auffassung begegnen wir noch in zwei Constitutionen von Diocletian und Maximian:

C. 3 de A. E. V. (4. 49):

Ex arrhali pacto personalis duntaxat actio paciscentibus praeparatur (a. 290),

wo das arrhale pactum gewiß nichts Anderes bezeichnet, als das pactum fiduciae auf die arrha angewendet, und

C. 2 quando liceat ab emptione (4. 45):

Perfectam emptionem atque uenditionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolui constat. Ergo si quidem arrhae nomine aurum datum sit, potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare. Sin uero partem pretii persoluisti, ad ea, quae uenditorem ex uenditione oportet praestare, magis actionem, quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes. (a. 293—304.)

Der erste der erwähnten Fälle ist der obige des Julian, der II. gerade so entschieden wird, wie von jenem Juristen; der zweite Fall aber bezieht sich nicht auf die arrha, denn es ist ein Theil der Kaufsumme angezahlt, nicht eine Summe als arrha gegeben. Es kann daher, weil von der einen Seite Leistung — wenn auch nur theilweise — erfolgt ist, der Contract nicht mehr durch mutuus dissensus aufgehoben, und daher an eine actio empti auf Rückgabe des Gezahlten nicht gedacht werden. Vielmehr geht diese Klage, sobald nicht mehr res integra ist, immer auf Erfüllung von der anderen Seite. Die Unterscheidung, welche zwischen arrha und Abschlagszahlung gemacht wird, ist für uns von großer Bedeutung. Sie zeigt, daß auch in späterer Zeit das Gefühl für die ursprüngliche Bedeutung der arrha nicht erloschen war, sondern sich noch ziemlich lebendig forterhielt.

Beilage III.

Ueber die „magistratische Vocation" im ordo iudiciorum priuatorum.

III. Hartmann[1]) behauptet, das den Magistraten bei extraordinariae cognitiones unzweifelhaft zustehende Recht der uocatio[2]) habe auch im ordentlichen Prozeß ausgeübt werden können. Dabei stützt er sich unbegreiflicherweise auf zwei Stellen von Cicero, welche keineswegs von regelmäßigen, ordentlichen Prozessen sprechen. Die erste derselben ist folgende:

Diuinatio in Q. Caecilium c. 17:

— Agonis quaedam est, Lilybaetana, liberta Veneris Erycinae: quae mulier ante hunc quaestorem copiosa plane et locuples fuit. Ab hac praefectus Antonii quidam symphoniacos seruos abducebat per iniuriam, quibus se in classe uti uelle dicebat. Tum illa, ut mos in Sicilia est omnium Veneriorum et eorum, qui a Venere se liberauerunt, ut praefecto illi religionem Veneris nomenque obiiceret, dixit et se et omnia sua Veneris esse. Vbi hoc quaestori Caecilio, uiro optimo et homini aequissimo, nunciatum est, uocari ad se Agonidem iubet: iudicium dat statim: SI PARERET, EAM, SE ET SVA VENERIS ESSE, DIXISSE. Iudicant recuperatores id, quod necesse erat: neque enim erat cuiquam dubium, quin illa dixisset. Iste in possessionem bonorum mulieris intrat: ipsam Veneri in seruitutem adiudicat: deinde bona uendidit: pecuniam redigit.

Hier tritt überall kein Kläger auf. „Vbi hoc . . . Caecilio . . . nunciatum est, uocari ad se Agonidem iubet:" Als die Aeußerung der Agonis dem Cäcilius hinterbracht wurde, ließ er sie rufen. Wer hat da eine Klage angemeldet, wo ist die im ordentlichen Prozeß un-

[1]) Contumacialverfahren S. 160.
[2]) S. oben § 50 S. 115 Not. 1.

umgänglich notwendige editio actionis? Gewiß will der Quästor Cäcilius in Folge seiner Pflicht, alle öffentlichen Verhältnisse der Provinz zu regeln, nur das in seinem imperium liegende Recht der Cognition ausüben, um der Göttin ihr Eigenthum zu erhalten. Daß nur von einer extraordinaria cognitio die Rede, geht mit Evidenz daraus hervor, daß die endliche Entscheidung und Regelung der ganzen Sache von dem Quästor selbst geschieht: „Iste in possessionem bonorum mulieris intrat: ipsam Veneri in seruitutem adiudicat: deinde bona uendidit: pecuniam redigit." Die Recuperatoren waren nur mit der Untersuchung einer einzelnen Thatsache beauftragt, wie es ja so oft bei der extraordinaria cognitio vorkommt, daß die Erörterung eines oder mehrerer die Entscheidung bedingender Punkte vom Magistrat Privatrichtern (die meistens arbitri oder auch exsecutores rc. genannt werden) übertragen wurde, worauf derselbe in eigener Person nach dem Ergebniß jener Untersuchung das Urteil sprach.[1]) Nach unserer Auffassung hört die Formel:

Si pareret eam, se et sva Veneris esse, dixisse

auf, geradezu unsinnig zu sein: die Recuperatoren waren eben bloß damit beauftragt, zu untersuchen, ob die Agonis jene Aeußerung gethan, und der Quästor gab dann — je nach Ausfall der Untersuchung — seine Entscheidung. Cicero, der überhaupt den ganzen Fall mit unverkennbarer Ironie erzählt, nennt nun, um das Ungereimte des Verfahrens — was darin lag, von der fraglichen Aeußerung eine solche Entscheidung abhängig zu machen — recht an das Licht zu stellen, die an die Recuperatoren gestellte Frage spottend ein iudicium, denn es hat die Formel allerdings Aehnlichkeit mit einem solchen. Der Gedanke aber ist: Der Quästor beginnt die cognitio, und zwar mit der Ladung, dann übergiebt er die Entscheidung einer Thatfrage den Recuperatoren, aber so, daß sie die Form und Wirkung eines iudicium hat.

Bei der zweiten Stelle, auf welche sich Hartmann beruft: Accusatio in C. Verrem l. II cc. 22 und 23, ist es noch weniger zweifelhaft, daß nur von einer extraordinaria cognitio gesprochen wird. Das hätte Hartmann schon aus den Worten Cicero's erkennen müssen, wenn er auch gar nicht auf den Sinn eingegangen wäre. Auch hier wird nirgends eine privatrechtliche Klage erwähnt: „Res percrebruit: in ore atque sermone omnium coepit esse", d. h. die Sache wurde ruchbar und zum öffentlichen Scandal. „Verres refert

[1]) Vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 7 S. 30; § 81 S. 339 und 340 und die dort (Not. 975) angeführten zahlreichen Stellen. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 285 ff. Derselbe, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 324.

III. illam suam Syracusanam: ait se uelle de illis HS. LXXX cognoscere“ *etc.* Dann weiter: „Quid enim debuit Praetor facere, cum consilio cognita causa“ *etc.*

Da nun, wie hier, auch in anderen Stellen Beispiele von einer uocatio durch den Magistrat nur bei extraordinariae cognitiones vorkommen und es nicht abzusehen wäre, weshalb man die Theorie von der in ius uocatio, den Vadimonien 2c. im prätorischen Edict so genau und fein ausgebildet hätte, wenn man im ordentlichen Prozeß des viel einfacheren Wegs der Vorladung durch den Magistrat sich hätte bedienen können, mußte ich mich gegen die von Hartmann ausgesprochene Ansicht entschieden erklären.

Beilage IIII.

Persona suspecta.

Keller[1]) bezieht in der bekannten Stelle IIII.

Gaius IIII. 102:

> Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisdari solet, quas ipse Praetor significat: quarum satisdationum duplex causa est, nam aut propter genus actionis satisdatur, aut propter personam, quia suspecta sit: propter genus actionis uelut iudicati depensiue aut cum de moribus mulieris agetur; propter personam uelut si cum eo agitur qui decoxerit, cuiusue bona a creditoribus possessa proscriptaue sunt, siue cum eo herede agatur quem Praetor suspectum aestimauerit

die Worte „aut propter personam, quia suspecta sit" nur auf ökonomische Verdächtigkeit. Dazu paßt es allerdings, daß Gaius als erstes Beispiel einer suspecta persona den insolvent Gewordenen und Denjenigen, cuius bona ex Edicto Praetoris XXX dies possessa sint, anführt.[2]) Ob bei dem zweiten Beispiel: „si cum eo herede agatur quem Praetor suspectum aestimauerit" auch lediglich an ökonomische Verdächtigkeit zu denken sei, möchte ich bezweifeln. Vielmehr glaube ich, daß auch derjenige Erbe, welcher durch chikanöse Machinationen und verschlagene Ränke den Verdacht gegen sich erregte, er wolle die Erbschaftsgläubiger um das Ihrige bringen, von dem Prätor für suspect erklärt werden konnte. Dafür spricht einestheils, daß die Erbschaftsgläubiger gegen einen solchen Menschen der obrigkeitlichen Hülfe dringend bedurften, anderntheils aber der Begriff, welchen die Römer mit den Ausdrücken suspectus, homo suspectus, persona suspecta im Allgemeinen verbanden. Darüber ist namentlich zu vergleichen

---

[1]) Röm. Civilprozeß § 56 S. 232.

[2]) Vgl. oben § 104 S. 281.

IIII. Cicero De officiis l. II c. 9 i. f.:
Iustis autem hominibus, i. e. bonis, ita fides habetur, ut nulla sit in his fraudis iniuriaeque suspicio. Itaque his salutem nostram, his fortunas, his liberos rectissime committi arbitramur. Harum igitur duarum ad fidem faciendam iustitia plus pollet, quippe cum ea sine prudentia satis habeat auctoritatis, prudentia sine iustitia nihil ualeat ad faciendam fidem. Quo enim quis uersutior et callidior est: hoc inuisior et suspectior, detracta opinione probitatis.

Damit ist zusammenzuhalten
Terentius Eunuch. III. 3 u. 8 sq.
— Iam erat tum suspicio,
Dolo malo haec fieri omnia.

sowie gelegentliche Aussprüche von Pandektenjuristen, wie z. B. von Ulpian in
Fr. 3 § 4 de liber. exhibend. (43. 30):
— si — is — suspectus est quasi calumniator,
Fr. 3 § 10 de homine libero exhibendo (43. 29):
— suspectae personae remouendae sunt, si forte talis persona sit, quam uerisimile est colludere uel calumniari,
Fr. 25 de procuratorib. (3. 3):
— nam hoc ipso suspectus est (*sc. procurator*), qui operam suam ingerit inuito

und Paullus in
Fr. 73 de procuratoribus (3. 3):
— propter quod suspectus uideri potest, qui praesente domino non obtulit pecuniam.

Nehmen wir dazu noch, daß der Tutor, ohne im Geringsten ökonomisch verdächtig zu sein, für suspect erklärt werden konnte[1]), so erhellt, daß der Prätor, wenn es sich um die Verdächtigkeitserklärung handelte, nicht gerade bloß auf ökonomische Verhältnisse, sondern vielmehr auf die Rechtlichkeit des Betreffenden überhaupt, auf seine Sitten und auf seinen Ruf Rücksicht zu nehmen hatte. Es ist übrigens einleuchtend, daß für den Creditor nicht bloß dem ökonomisch verdächtigen Debitor gegenüber eine cautio iudicatum solui wünschenswert, sondern auch, wenn Letzterem Unredlichkeit und ränkesüchtiges Tergiversiren zuzutrauen ist.

[1]) § 5 I. de suspect. tutorib. (1. 26).

Beilage V.

Zum Verständniß des Fr. 1 § 2 de R. V. (6. 1.)

V.

Ulpianus libro XVI° ad Edictum.

Per hanc autem actionem (*sc. per specialem in rem actionem*) liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praeiudiciis, aut interdictis, aut cognitione Praetoria; et ita Pomponius libro trigesimo septimo, „nisi forte", inquit, „adiecta causa quis uindicet." Si quis ita petit: Filivm svvm, uel in potestate ex ivre Romano, uidetur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adiecta causa ex lege Quiritium uindicare posse.

Ein Streit über die väterliche Gewalt zwischen Vater und Kind und zwischen dem Vater und einem Dritten kann extra ordinem durch den Magistrat und seine Zwangscompetenz entschieden werden, nämlich entweder durch Anwendung eines praeiudicium[1]), oder durch eigentliche prätorische cognitio[2]), sowie durch das interdictum de liberis exhibendis.[3])

Daß schon zur Zeit der legis actiones die uindicatio:

Hvnc ego hominem filivm mevm esse aio

stattfand, ergiebt sich aus Gaius[4]), indem dieser der uindicatio apud praetorem: „filivm svvm esse" bei Gelegenheit der Adoption durch

---

[1]) Dahin scheint zu zielen: Ulpianus Fr. 3 § 2 de iureiurando (12. 2). Vgl. auch Dioclet. et Maxim. C. 9 de patr. pot. (8. 47) und von Weitem Ulpianus Fr. 3 §§ 2—5; Fr. 1 § 16 de agnoscend. liber. (25. 3).

[2]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 30 Not. 19. — Keller, Röm. Civilprozeß § 38 namentlich Not. 429 und 431 S. 153.

[3]) Ulpianus Fr. 3 § 3 de lib. exhib. (43. 30).

[4]) I. 134.

V. Mancipation und darauf folgende in iure cessio erwähnt.[1]) Auch unser Fr. 1 § 2 erwähnt der Klagbehauptung:

FILIVS MEVS EST oder FILIVS IN POTESTATE MEA EST.[2])

Eine solche Vindication soll aber nach der Meinung des Pomponius nur „adiecta causa" zulässig sein. Dieß erklärt Ulpian so, daß die Klagbehauptung „FILIVS MEVS EST" oder „IN POTESTATE MEA EST" noch den Zusatz enthalten müsse: „EX IVRE ROMANO" oder „EX IVRE QVIRITIVM."[3]) Dieser Zusatz soll jedenfalls andeuten, daß die Klage sich auf das positiv rechtliche, streng römische Rechtsverhältniß zwischen Vater und Sohn stütze, daß aber keineswegs dadurch die natürlichen väterlichen Rechte geltend gemacht werden sollen. Doch ist es immer bedenklich, daß Ulpian, nachdem er im Allgemeinen die rei uindicatio als Schutzmittel der patria potestas ausgeschlossen, sagen sollte: Die im Allgemeinen hier nicht zulässige Klage wird statthaft, sobald sie den Zusatz enthält: „EX IVRE QVIRITIVM" oder „EX IVRE ROMANO." Die patria potestas ist anerkanntermaßen ein Institut des ius ciuile und die Römer thun sich etwas darauf zu Gute, daß bloß bei ihnen die strenge Familiengewalt des Hausvaters vorkomme.[4]) Es ist daher nicht daran zu zweifeln, daß Ulpian schon in dem ersten Satze: „Per hanc actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur" an das Römische Institut der patria potestas denkt und rücksichtlich desselben die rei uindicatio ausschließt. Soll man nun annehmen, der größte Jurist seiner Zeit verbinde damit nur den höchst trivialen Sinn, die rei uindicatio mit der intentio:

SI PARET LVCIVM TITIVM IN PATRIA POTESTATE LVCII TITII ESSE

sei unzulässig, dagegen finde sie in folgender Form statt:

SI PARET LVCIVM TITIVM EX IVRE QVIRITIVM FILIVM ESSE LVCII TITII?

Gewiß, die Sache muß etwas tiefer liegen und eine innere Bedeutung haben. Erinnern wir uns nun, daß da, wo von adiecta causa bei der Eigenthumsklage gesprochen wird, unter causa Entstehungsgrund, Er-

---

[1]) GELL. Noct. Att. V. 19. Cf. DE SCHEURL De modis liberos in adoptionem dandi. Erl. 1850 p. 4 sq. und dazu Keller, Röm. Civilprozeß § 24 Not. 279 S. 90. Rudorff zu Puchta's Institut. Bd. 3 § 283 Not. o (S. 235).

[2]) Vgl. auch ANTONINUS und VERUS C. 1 de patr. pot. (8. 47).

[3]) Der Ausdruck causa adiecta bezeichnet immer einen vom Kläger in der Klagformel gemachten Zusatz. Heffter im Rhein. Mus. für Jurisprudenz Bd. 3 SS. 223, 227. Savigny, System Bd. 6 S. 528 Not. 5. Keller, Röm. Civilprozeß § 73 Not. 857 S. 303. Bekker, prozessual. Consumpt. S. 245. Dieser Zusatz findet sich häufig in der intentio der Formel, so bei der act. certa in personam. GAIUS IIII. 55. Keller, Röm. Civilprozeß S. 168 Not. 473 a. E.

[4]) GAIUS I. 55: „Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus." Vgl. jedoch unten S. 397 N. 5.

werbsgrund des Rechts verstanden wird[1]), so liegt die Vermutung nicht ferne, daß auch in unserer Stelle die adiecta causa sich auf den Erwerbsgrund der patria potestas beziehe. Was aber kann es bei der patria potestas für eine Bedeutung haben, wenn gesagt wird, sie ist durch eine aus dem Römischen Recht stammende Entstehungsart erworben worden, da ja die patria potestas ein Institut des Civilrechts ist und daher nur civile Entstehungsarten hat? Darauf antworte ich: Es ist durchaus falsch, wenn man die civilen Erwerbsarten eines Rechts mit dem Recht selbst identificirt und so behauptet, das fragliche, auf dem ius ciuile beruhende Recht könne nur vermittelst einer civilen Erwerbsart von dem jetzigen Inhaber erworben sein. So ist es z. B. unrichtig, wenn v. Scheurl[2]) sagt, das ächte Römische Eigenthum setze immer eine civile Erwerbsart voraus; denn die Tradition ist gewiß eine naturale Erwerbsart, und doch wird seit alten Zeiten durch sie an res nec mancipi volles Römisches Eigenthum erworben.[3]) Ebenso kann durch die Occupation volles Römisches Eigenthum entstehen, denn es war gewiß von alten Zeiten her das Eigenthum, welches an dem Körper eines auf der Jagd erbeuteten Thieres erworben wurde, gerade so gut, wie das Eigenthum, welches auf mancipatio oder in iure cessio einer res mancipi durch den früheren Eigenthümer an den jetzigen sich stützte.[4]) Auch durch

---

[1]) Savigny, System Bd. 6 S. 530 ff. Keller a. a. O. § 73 S. 303. Causa heißt überhaupt oft so viel als Erwerbsgrund, titulus. Cf. BRISSONIUS de V. S. h. u. und Pr. I. de auct. tutor. (1. 21). Fr. 3 § 4 de A. V. A. P. (41. 2); Fr. 11 § 4 de exc. rei iudic. (44. 2); Fr. 1 pr. de O. et A. (44. 7); Fr. 159 de R. I. (50. 17).

[2]) Institutionen, 2. Ausgabe § 80 S. 154.

[3]) CICERO Top. 5 i. f. ULPIANI Fragm. XVIIII § 7. ID. Fr. 36 de A. R. D. (41. 1). Vgl. auch GAIUS II. 19. 20. 66 und anderwärts. v. Scheurl a. a. O. faßt nach Puchta's (Institutt. Bd. 2 § 236 S. 621 ff.) Vorgang es als eine Erweiterung des Begriffs des Quiritischen Eigenthums auf, daß bei res nec mancipi auch die Tradition als Erwerbsart desselben anerkannt wurde. Die Frage nach der historischen Entstehung einer Lehre aber ist bei dem Mangel von Quellen immer eine mißliche, die nur zu Vermutungen und unsicheren Resultaten führen wird. Hier kann sie füglich unberücksichtigt bleiben. Es genügt zu wissen, daß zu der Zeit, wo es überhaupt eine Römische Jurisprudenz gab, der Satz in unbestrittener Anerkennung feststand, es könne durch eine naturale Erwerbsart ein civiles Recht entstehen.

[4]) Auch hier scheint mir die wieder auf Puchta (a. a. O. S. 622 ff.) sich stützende Ansicht v. Scheurl's (a. a. O. § 84): „durch die Occupation sei ursprünglich nur nichtquiritarisches Eigenthum erworben worden", unhaltbar. Der Ausspruch des NERVA (filius) und PAULLUS (Fr. 1 § 1 de A. V. O. P. [41. 2]), daß die Occupation die ursprünglichste und älteste Erwerbsart sei, ist nicht so ohne Bedeutung, wie Puchta a. a. O. meint. Die Römischen Juristen gehen überall nicht von dem Standpunkt des „allgemeinen Rechts", sondern von dem des Römischen Rechts aus und die gegentheilige Ansicht bedürfte erst des Beweises. Die Behauptung, daß dasjenige, was von der Tradition galt, auch

V. die Accession wird unzweifelhaft Römisches Eigenthum hervorgebracht, und Aehnliches gilt auch von dem Fruchterwerb 2c. Beweis genug, daß durch eine naturale Erwerbsart ein civiles Recht entstehen konnte.

Der innere Zusammenhang der Sache aber ist folgender. Das positive Recht des Staates (das Civilrecht) erkennt gewisse Rechte besonders an und verheißt ihnen eigenthümliche Wirkungen, welche sich auf die Intensivität des Rechts, den Schutz durch Klage 2c. beziehen. Ein solches civiles Recht hat meistens eine natürlich-menschliche Grundlage, d. h. wo sich Menschen (welche nicht in dem Zustand gänzlicher Rohheit und Barbarei sind) zusammenfinden, ist ein ähnliches Verhältniß durch die Einrichtungen der Natur oder die wieder aus der Natur abzuleitenden menschlichen Bedürfnisse und Neigungen gegeben: „Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit."[1]) So findet sich überall das Band der Familie, überall die Notwendigkeit und der Hang, sich Gegenstände der Außenwelt zu eigen zu machen, um die Bedürfnisse des Lebens zu befriedigen und die Fortexistenz zu ermöglichen. Sobald ein Volk anfängt, auf eine höhere Stufe der Bildung und zu einem wirklichen Staatswesen sich zu erheben, werden auch jene Verhältnisse, welche nach göttlicher Ordnung die Grundlage jedes menschlichen Gemeinlebens sind, besonders geordnet und je nach der Individualität und dem Bedürfniß des Volks noch mit eigenthümlicher Kraft und besonderen Wirkungen ausgestattet, wodurch sie anfangen, sich von dem Verhältniß, wie es durch die natürliche Notwendigkeit zur allgemein menschlichen Einrichtung geworden war, mehr und mehr zu unterscheiden. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß das Verhältniß in seiner besonderen Gestalt, die es durch positives Recht des betreffenden Staats erhalten hat, nur unter den Bürgern dieses Staats vorkommen kann. So können die eigenthümlichen Wirkungen, welche dem durch die Abstammung des Einen von dem Anderen gegebenen natürlichen Verhältniß durch positive Römische Rechtsvorschrift ertheilt sind, nur bei Römischen Bürgern eintreten, ebenso die eigenthümlichen Wirkungen, welche das positive Römische Recht für das an sich naturale Verhältniß der Aneignung und des für sich Habens geschaffen hat.[2]) Dabei verlieren aber jene Einrichtungen ihre naturale Grundlage nicht.

---

von der Occupation habe gelten müssen, da ohne die Ausschließung dieser von dem quiritarischen Erwerb auch die Ausschließung jener nicht denkbar sei 2c., ist eine petitio principii, indem es eben überhaupt fraglich ist, ob die Letztere ausgeschlossen war, oder nicht. Vgl. übrigens auch § 11 I. de rer. diuis. (2. 1).

[1]) Gaius I. 1.

[2]) Bei den Römern ist das Eigenthümliche, daß sie kein Urvolk waren, sondern daß bei ihnen erst mit der staatlichen Verbindung die Nation zu ent-

Von dem Recht selbst und seinem Umfang und der intensiven Kraft, welche es im Civilrecht erhält, sind, wie schon erwähnt, die Entstehungsarten desselben zu unterscheiden. Auch in dieser Beziehung ist Manches durch die Einrichtungen der Natur und das allgemein menschliche Begehren und Bedürfniß gegeben. Das väterliche Recht entsteht durch Geburt eines von dem Vater erzeugten Kindes, das für sich Haben durch das Ergreifen einer Sache, die noch kein Anderer besitzt rc. So hat jedes naturale Recht (wenn dieser Ausdruck erlaubt ist) seine naturale Erwerbsart oder seine naturalen Erwerbsarten. In dem Grade nun, wie das naturale Recht durch die positive Gesetzgebung ausgebaut, erweitert und befestigt wird, müssen auch die Erwerbsarten von der positiven Gesetzgebung berücksichtigt werden. Es würde aber unrichtig sein, anzunehmen, daß die naturalen Erwerbsarten, sobald das naturale Institut zum positivrechtlichen, civilen umgewandelt ist, aufhörten; sie bestehen vielmehr fort, werden auch vielleicht durch einzelne positive Bestimmungen etwas modificirt und den geordneten Verhältnissen des Staats angepaßt, nur daß jetzt durch sie nicht mehr das Recht in seiner ursprünglich naturalen Gestalt, sondern in der Gestalt erworben wird, die es im Civilrecht erhalten hat. Vielleicht findet man es für gut, neben den naturalen Erwerbsarten auch noch andere durch das positive Recht einzuführen, ja vielleicht in gewisser Beziehung und aus besonderen Gründen die naturalen Erwerbsarten auszuschließen und an deren Stelle andere zu setzen; überall und ganz aufgehoben aber können sie nie werden, eben weil sie mit dem Recht selbst und dessen innersten Wesen (welches gerade in dem naturalen Bestandtheil liegt) auf das Engste verbunden sind.[1]

V.

stehen anfing. Sie haben also schon mit dem positiven Recht angefangen, und da ihr Staatswesen von vorne herein auf den Standpunkt höherer Cultur und Gesittung hindeutet, gewiß die Institute der Familie und des Eigenthums in besonders geordneter Weise aufgenommen, und zwar so, wie sich dieselben bei ihrer Mutternation, den Latinern, positivrechtlich gestaltet hatten. Dabei blieben aber die Römer nicht stehen, sondern entwickelten diese Institute durch positive Gesetze noch weiter, so daß sie eigentliche, streng civile Rechtsinstitute wurden. Die Römer sind also direct nicht von der naturalen Gestaltung der fraglichen Verhältnisse ausgegangen, sondern von der civilen Gestaltung derselben bei den Latinern. Dieß trug vielleicht dazu bei, daß sich bei ihnen die Institute zu einer übermäßig starken Intensivität und schroffen Individualität entwickelten, so daß später ein Zurückgehen notwendig wurde, was überhaupt zu dem Irrthum Veranlassung gegeben hat, als ob das ius gentium, d. h. die freiere Gestaltung mancher Rechtsinstitute nach allgemein menschlichen Einrichtungen, den Römern erst später bekannt geworden und von ihnen aufgenommen worden sei. Das, was die Römer später unter ius gentium verstehen, ist nicht die naturale Grundlage ihrer positivrechtlichen Institute, sondern es ist die Relaxation derselben durch das positive Recht, also gerade eigentlich durch das Civilrecht in der umgekehrten Richtung wie früher.

[1]) Es hat sich z. B. bei den Römern streng gerächt, daß man für das

V. Wir hatten diese Ausführung nötig, um zu zeigen, wie in der (wenigstens für die Zeit der ausgebildeten Römischen Jurisprudenz unbestreitbaren) Erscheinung, daß aus naturalen Erwerbsarten civiles Eigenthum entstehen kann, nichts Widersinniges und Unmögliches liegt. Das Eigenthum, welches auf Tradition, Occupation ꝛc. ruhte, hatte ganz dieselbe civile Kraft und Wirkung, wie dasjenige, welches durch mancipatio, in iure cessio *etc.* erworben war. Nur der Unterschied wird gewesen sein, daß die intentio der rei uindicatio bei einem naturalen Erwerb einfach hieß:

Si paret eam rem AᴵAᴵ esse,

oder:

Si paret eam rem ex cavsa traditionis *etc.* AᴵAᴵ esse,

während sie bei einer civilen Erwerbsart so gefaßt war:

Si paret eam rem ex ivre Qviritivm AᴵAᴵ esse.

Was soll nun aber dieses Alles für die rei uindicatio zum Schutz der patria potestas? Zunächst wird aus dem Vorgetragenen klar geworden sein, daß auch die patria potestas, obwohl streng civiles Rechtsinstitut, eine naturale Entstehungsart haben kann und auch wirklich hat, indem sie durch Geburt eines von dem Vater erzeugten Kindes entsteht. Freilich erfordert das Römische positive Recht die Geburt in Römischer Ehe[1]); allein diese Vorschrift enthält weniger eine Umänderung der naturalen Erwerbsart des väterlichen Rechts, als eine Beschränkung derselben, wie sie durch die civile Gestaltung des Instituts überhaupt geboten wird. Bloß in einer dauernden Geschlechtsverbindung, der Ehe, tritt die Präsumtion für die Vaterschaft des Ehemanns ein[2]) und nur eine Römische Ehe (iustae nuptiae) zwischen Personen, die gegenseitig das connubium haben[3]), kann hier in Betracht kommen, da das Kind, wenn der Vater in nichtrömischer Ehe lebt, nicht als ciuis geboren wird, während doch die patria potestas als streng civiles Institut nur zwischen ciues statthaben kann.[4]) Daß der eigentliche Erwerbsgrund der patria potestas die Geburt ist,

---

Eigenthum an gewissen Sachen (den res mancipi) naturale Erwerbsarten ganz ausgeschlossen und künstliche positivrechtliche an deren Stelle gesetzt hat. Neben der in iure cessio und mancipatio kam die natürliche Erwerbsart der Tradition dennoch vor und mußte vorkommen und man sah sich, um schreiende Unbilligkeit zu vermeiden, gezwungen, den Erwerber auch hier zu schützen, den Schutz selbst aber durch künstliche Mittel zu erreichen, ein Verfahren, welches zuletzt zu der Annahme eines doppelten Eigenthums an derselben Sache — nach dem sonst so streng ausgebildeten Römischen Eigenthumsbegriff ein Unsinn! — notwendig hinführte.

[1]) Gaius I. 55. Ulpiani Fragm. V. 1.

[2]) Die incestuose Ehe wird als gar keine Ehe betrachtet. Gaius I. 64.

[3]) Cf. Ulpiani Fragm. V. 2.

[4]) Cf. Gaius I § 67. Ulpiani Fragm. V. 8.

zeigt sich auch darin, daß diese Erwerbsart, wenn sie wegen anfänglich V. mangelnder iustae nuptiae nicht wirksam sein konnte, nachher noch wirksam wird, wenn die Hindernisse, welche ihr entgegenstanden, gehoben werden.[1]) Dahin gehört die causae probatio wegen eines anniculus ex L. Aelia Sentia[2]) und sodann die erroris causae probatio ex SC^to^.[3]) Beide causarum probationes haben das Gemeinschaftliche, daß Latinen und resp. Peregrinen mit ihren Gatten und Kindern die Civität erlangen, daß dadurch ihre Ehe in ein legitimum matrimonium verwandelt wird, und nun so die natürliche potestas, welche der Vater über die schon vorher geborenen Kinder durch deren Geburt erworben hatte, in eine unter Römischen Bürgern stattfindende, also nach Römischen Gesetzen zu beurteilende und mit Römischen Wirkungen ausgestattete sich umgestaltet. Daß dies auch die Auffassung der Römer sei, geht mit Evidenz hervor aus mehreren Stellen des Gaius, namentlich aus

Institutt. I. §. 87:

— ideo superius rettulimus, quibusdam casibus per errorem non iusto contracto matrimonio senatum interuenire et emendare uitium matrimonii, eoque modo plerumque efficere, ut in potestatem patris (*sc. Romanam*) filius redigatur.[4])

Gaius ist übrigens wenig geneigt, die naturale Grundlage der patria potestas anzuerkennen; er geht überall von dem irrigen Satz aus, daß die patria potestas überhaupt nur ein Institut des Römischen Rechts sei, ein Irrthum, den andere Römer nicht theilen, wie aus den Stadtrechten für die latinische Gemeinde von Salpensa deutlich hervorgeht.[5]) Danach sollen die ordentlichen jährigen Magistrate (Duovirn, Aedilen und Quästoren), sobald sie ihr Amt nach Ablauf des Jahrs niedergelegt haben, die Civität erwerben. Zugleich mit ihnen aber erwerben die Civität ihre Aeltern, Ehefrauen und in latinischer Ehe erzeugten Kinder.[6])

Weiter ist bestimmt[7]):

Qui quaeque ex h(ac) l(ege) [exue] edicto imp(eratoris) Caesaris Aug(usti) Vespasiani imp(eratoris)ue Titi Caesaris Aug(usti) aut imp(eratoris) Caesaris Aug(usti) Domitiani p(atris) p(atriae) ciuitatem Roman(am) consecutus consecuta erit, is ea in eius, qui c(iuis)

---

[1]) Vgl. Puchta, Institutionen Bd. 3 § 283 S. 152.
[2]) Gaius I. 29—32; 65. Ulpiani Fragm. III. 3.
[3]) Gaius I. 67 sqq. Ulpiani Fragm. VII. 4.
[4]) Vgl. dazu Gaius I. 93—95. 97 sqq.
[5]) Vgl. auch § 10 I. de adopt. (1. 11) und § 9 quib. mod. ius patr. pot. soluitur (1. 12).
[6]) Aes Salpensanum Rubr. XXI.
[7]) Ibid. Rubr. XXII.

V. R(omanus) h(ac) l(ege) factus erit, potestate manu manicipio, cuius esse deberet, si [ciuitate] mutatus mutata non esset, esto idque ius tutoris optandi habeto, quod haberet, si a ciue Romano ortus orta neq(ue) ciuitale mutatus mutata esset.

Damit soll offenbar gesagt werden, „daß die bisherige latinische Gewalt jetzt als Römische fortdauern solle, so daß der Haussohn weder durch die Aedilität des Vaters noch durch die ihm selbst übertragene befreit ward.“[1]) Es ist einleuchtend, daß die väterliche Gewalt zwischen den bisherigen Latinen schon als (durch die Geburt) erworben gilt, daß sich aber dieselbe jetzt nach Erlangung der Civität in eine zwischen Römern bestehende, also nach Römischem Recht zu beurteilende und wirkende umwandelt.

Ueberall also wird die eheliche Geburt als naturale Erwerbsart der väterlichen Gewalt aufgefaßt, die nur eines gewissen Bodens bedarf, um die patria potestas in voller Römischer Stärke zu erzeugen. Dieser Gedanke wird selbst im späteren Römischen Recht noch festgehalten: die legitimatio per subsequens matrimonium, die legitimatio per rescriptum Principis, sowie die legitimatio per oblationem curiae setzt immer voraus, daß das Kind leibliches, im Concubinat, also in einer dauernden, geduldeten Geschlechtsverbindung, erzeugtes Kind des Vaters sei. Eine naturale väterliche Gewalt ist auch hier durch die Geburt des Kindes entstanden, denn das Kind wird von dem Vater als das seinige anerkannt und dadurch die (hier allerdings unmögliche) Anwendung der Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant unnötig gemacht. Diese naturale Gewalt wird aber durch die nachfolgende Ehe 2c in eine Römische verwandelt[2]), geradeso wie oben die latinische Gewalt durch Erlangung der Civität durch die betheiligten Personen zu einer Römischen werden konnte.

Nach allem diesen wird es als gerechtfertigt erscheinen, wenn ich die Geburt als naturale Erwerbsart der patria potestas, auch der streng Römischen patria potestas auffasse. Neben der naturalen Entstehungsart der patria potestas hat aber das Römische Recht auch andere Erwerbsarten derselben eingeführt, die der naturalen Grundlagen entbehren, also im eigentlichen Sinn als Römische, civilrechtliche Erwerbsarten erscheinen. Solche sind im früheren Römischen Rechte 1. die in iure cessio (eigentlich: Entstehung der väterlichen Gewalt imperio magistratus[3]), 2. die lex.

---

[1]) Mommsen, Stadtrechte S. 406 Not. 41. Vgl. auch Huschke, Gaius S. 14 und 15.

[2]) Vgl. übrigens Puchta, Institutionen Bd. 3 § 283 S. 154 f.

[3]) Gaius I. 98. 134. II. 138 und dazu de Scheurl De modis liberos in adoptionem dandi.

Rücksichtlich beider Entstehungsarten ist von Wichtigkeit folgende V. Stelle bei Gellius[1]):

Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per praetorem fit, aut per populum. Quod per praetorem fit, „adoptatio“ dicitur, quod per populum, „arrogatio.“ Adoptantur autem, cum a parente, in cuius potestate sunt, tertia mancipatione in iure ceduntur atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, uindicantur; adrogantur hi, qui, cum sui iuris sunt, in alienam sese potestatem tradunt eiusque rei ipsi auctores fiunt. Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur: nam comitia, arbitris pontificibus, praebentur, quae „curiata“ appellantur, aetasque eius, qui adrogare uult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiose adpetita sint, consideratur, iusque iurandum a Q. Mvcio, pontifice maximo, conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur. Sed adrogari non potest, nisi iam uesticeps. „Adrogatio“ autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit.

Eius rogationis uerba haec sunt: Velitis, ivbeatis, vti L. Valerivs L. Titio tam ivre legeqve filivs siet, qvam si ex eo patre matreqve familias eivs natvs esset, vtiqve ei vitae necisqve in evm potestas siet, vti patri endo filio est. Haec ita vti dixi, ita vos Qvirites rogo.

Ist in dieser Formel der Abrogation nicht geradezu die civile Erwerbsart der naturalen gegenübergesetzt? Steht nicht zu dem filius ivre legeqve der wirkliche Sohn durch Erzeugung und Geburt im Gegensatz?

Nach allem meine ich, daß in der Formel:

Si paret Lvcivm Titivm filivm esse Lvcii ex ivre Qviritivm,

oder:

Si paret Lvcivm Titivm in potestate Lvcii Titii esse ex ivre Romano

die „adiecta causa“ nichts Anderes bedeute, als daß die patria potestas, um die es sich handelt, auf eine civile Erwerbsart derselben sich stütze. Darnach wäre der Sinn unseres Fr. 1 § 2. cit. folgender: Bei der auf naturalem Weg, durch Geburt und was derselben gleichsteht, erworbenen patria potestas ist keine Vindication möglich, wohl aber ist sie zulässig, wenn die väterliche Gewalt auf eine civile Erwerbsart, auf Adoption oder Arrogation, sich stützt.

Wir haben so einen jedenfalls viel befriedigenderen Sinn der Ulpian'schen Stelle gefunden, als den oben angegebenen. Aber

[1]) Noct. Att. V. 19.

V. ganz beruhigt sind wir auch jetzt noch nicht, denn es entsteht die Frage: Warum diese Unterscheidung? Ist sie eine rein willkührliche oder innerlich begründete? Ich glaube das Letztere.

In alter Zeit, als der Prozeß noch durch die legis actio sacramento eingeleitet und nach dem für den Endbescheid maßgebenden Zwischenbescheid über den Verlust der summa sacramenti der Prätor selbst das Erkenntniß sprach[1]), mag überall auch wegen der durch Geburt erworbenen patria potestas die rei uindicatio stattgefunden haben. Das Urteil des Prätor ging dann darauf, daß derjenige, welcher den Sohn dem Vater vorenthielt, diese Störung des väterlichen Rechts wieder gut zu machen und den Sohn herauszugeben habe. Das zeigt die bei der in iure cessio gebliebene Formel:

HVNC FILIVM MEVM ESSE AIO.

Freilich wird überall keine rei uindicatio gegen den Sohn selbst, sowie keine Vindication der Freiheit des Sohnes gegen den Vater zulässig gewesen sein, denn wenn der Sohn den Prozeß und somit die summa sacramenti verloren hätte, so würde er sie dem Vater verloren haben und der Sieger im Prozeß hätte den Verlust der Prozeßwettsumme tragen müssen, was widersinnig wäre. Man half sich vielleicht dadurch, daß der in patriam potestatem vindicirte oder sich in libertatem vindicirende Sohn ähnlich wie bei dem liberale iudicium der in seruitutem Vindicirte oder in libertatem Proclamirende einen Vertreter haben mußte, welchen die Gefahr des Verlustes der summa sacramenti traf.[2]) Als aber später der Formularprozeß und der Satz, daß immer in eine Geldsumme zu condemniren sei, herrschend wurde, war man gewiß in großer Verlegenheit, wenn Jemand auf die Behauptung, es sei ein Anderer sein ehelich erzeugter

---

[1]) S. oben § 56 SS. 143 ff.

[2]) Freilich ist es bedenklich, dem allgemeinen Satz gegenüber, daß im Legisactionenprozeß keine Stellvertretung stattgefunden habe (GAIUS IIII. 83), eine solche Vertretung des Sohns im Streit wider den Vater über die väterliche Gewalt anzunehmen. Allein daß jener allgemeine Satz Ausnahmen hatte, wissen wir von CAIUS (l. c.) selbst und es ist nur sehr zu bedauern, daß die Stelle, wo diese Ausnahmen aufgezählt werden, im Cod. Veron. nicht ganz entziffert werden konnte. Daß dieselbe nicht lautete, wie sie in der neuesten (4.) BOECKING'schen Ausgabe von GAIUS, noch so, wie sie in den Institutt. imperiales (Pr. I. de iis per quos agere possumus [4. 10]) sich findet, glaube ich schon deshalb annehmen zu müssen, weil der Assertor in liberale iudicium eigentlich auch nicht als Stellvertreter des als Sclave in Anspruch Genommenen gelten kann, sondern vielmehr als Stellvertreter des Volks, welches durch ihn die Freiheit eines seiner Bürger geltend machte resp. vertheidigte, so daß er eigentlich pro populo agirte. Vgl. übrigens im Allgemeinen Puchta, Institutionen Bd. 2 § 221 S. 510 ff. Möglich, daß ein genaueres Nachgehen in dieser Beziehung zu einigem Aufschluß über das rätselhafte: „pro tutela (*agere*)“ in der angezogenen Stelle der Institutt. Imperiales führte.

Sohn, die Vindication gegen diesen selbst, d. h. formell gegen dessen V. Stellvertreter oder gegen einen Dritten, welcher behauptete, daß der Sohn ihm (dem Dritten) angehöre, anstellen wollte, oder wenn der Sohn selbst durch seinen Vertreter die Vindication gegen den bisher die väterliche Gewalt Ausübenden richtete.

Nehmen wir den ersten Fall, wo der angebliche natürliche Vater den Sohn von einem Anderen, der ebenfalls behauptete, Vater zu sein, vindicirte, so hätte die Formel etwa so lauten müssen:

SI PARET ILLVM HOMINEM Q. D. A. FILIVM ESSE A^IA^I, NEQVE N^SN^S ARBITRATV TVO RESTITVET, QVANTI EA RES ERIT N^MN^M A^OA^O CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO.

Dadurch wäre das Resultat erzielt worden, daß, wenn der iudex zu Gunsten des A^sA^s entschieden und auf seinen arbitratus der N^sN^s nicht restituirt hätte, eine Abschätzung des Werts jenes auf Erzeugung und Geburt und auf die davon getragene Familienliebe gebauten Verhältnisses des Vaters zu seinem leiblichen Sohn hätte erfolgen müssen und daß N^sN^s durch Bezahlung der Schätzungssumme sich gegen jede weitere Verfolgung des väterlichen Rechts des A^sA^s (dem dann die exc. rei iudic. entgegengestanden) hätte schützen können, so daß dem endlichen Erfolg nach die Möglichkeit vorhanden gewesen wäre, jedem Vater sein leibliches Kind, sobald man nur die Bezahlung der nötigen Geldsumme nicht scheute, zu entreißen. Ganz ähnlich hätte es sich in den Fällen verhalten, wo gegen den Sohn selbst, resp. gegen seinen Vertreter, die Vindication in potestatem gerichtet gewesen, oder wo der Sohn sich durch seinen Vertreter in libertatem vindicirt hätte. Im letzteren Fall hätte der angebliche und besiegte Vater sich die patria potestas über seinen erklärten Nichtsohn erkaufen können. Nehmen wir nun auch an, daß in der späteren classischen Zeit directe Execution zulässig war und daß durch diese allen jenen Inconvenienzen abgeholfen gewesen wäre, so war man doch in der ersten Zeit, wo das Verfahren per formulam petitoriam eingeführt wurde, wohl um so weniger geneigt, für unseren Fall eine Ausnahme von dem allgemeinen Satz, daß die Condemnation und Execution immer in eine Geldsumme geschehen müsse, zuzulassen, als dieser Satz eine neue Errungenschaft war und sich wohl auch kein practisches Bedürfniß zeigte, für unseren Fall, der uindicatio der auf naturalem Erwerb ruhenden patria potestas, eine formula petitoria zu ersinnen. Denn man hatte sicher schon früher darauf bedacht sein müssen, die eigentliche Vindication des leiblichen Kindes ganz entbehrlich zu machen. Zunächst mag schon zur Zeit der legis actiones der Fall, wenn ein freier, als homo sui iuris Lebender von einem Anderen als leiblicher Sohn in die patria potestas vindicirt wurde und keinen Vertreter finden konnte, oder umgekehrt, wenn ein bisher als filius familias Lebender für sich

V. die Befreiung von der väterlichen Gewalt in Anspruch nahm, ohne daß er einen Vertreter aufzubringen vermochte, prätorische Cognitionen und decreta siue interdicta, welche nötigenfalls durch die Mittel des imperium (directen Zwangs rc.) zur Vollziehung gebracht wurden[1]), veranlaßt haben.[2]) Als nun vollends an die Stelle der legis actio sacramento bei in rem actiones das Verfahren per sponsionem praeiudicialem trat[3]), war gar nicht mehr daran zu denken, daß ein Vater auf diesem Weg sein leibliches Kind von einem Dritten, resp. einem Vertreter des Kindes rc. in die patria potestas hätte zurückfordern können. Im ersteren Fall hätte die sponsio etwa lauten müssen:

SI HOMO Q. D. A. FILIVS MEVS EST, SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES?

Darauf wäre die Formel ertheilt worden:

SI PARET N^MN^M A^OA^O XXV DARE OPORTERE Q. D. R. A. N^MN^M A^OA^O XXV CONDEMNA S. N. P. A.

Das hätte wohl zu einem präjudiciellen Entscheid über das väterliche Recht des A^sA^s geführt, aber es würde dem A^sA^s wenig geholfen haben, daß seine Vaterschaft durch den Richter anerkannt war. War doch diesem richterlichen Entscheid sein Erfolg nur durch die in iure geordneten Cautionen (wie satisdatio pro praede litis et uindiciarum) gesichert[4]) und konnte doch aus diesen gegen den Beklagten wie gegen die Bürgen nur persönlich auf Leistung einer Geldsumme geklagt werden. Daher wurde für den Fall, wo der Vater das Kind von einem Anderen vindicirte, oder wo das Kind seine Freiheit behauptete und einen Defensor gefunden hatte, das interdictum de liberis exhibendis ac ducendis[5]) erfunden, und für den Fall, daß das Kind oder dessen Mutter für dasselbe die patria potestas des Vaters beanspruchte, führte man die praeiudicia ein, von denen Fr. 3 § 2 de agnoscend. liber. (25. 3) spricht. So war es denn von der ersten Zeit, wo man per sponsionem praeiudicialem zu verfahren anfing, nötig, für den Fall, wo ein Vater sein leibliches Kind in die patria potestas vindiciren wollte, ein Verfahren extra ordinem mit directer Execution im Gefolge eintreten zu lassen, und die Mittel, welche man gefunden hatte, um die eigentliche Vindication zu umgehen (nach Ulpians Aufzählung: praeiudicia, interdicta, cognitio praetoria), blieben auch, als für die in rem actiones das Verfahren per formulam petitoriam herrschend wurde, aus den schon oben angegebenen Gründen.

---

[1]) Keller a. a. O. § 22 S. 84.
[2]) Cf. Fr. 3 § 3 i. f. de liber. exhibend. (43. 30) und dazu oben S. 213 ff.
[3]) Keller a. a. O. § 25 S. 97.
[4]) Keller a. a. O. § 25 S. 98 namentlich Not. 303.
[5]) Fr. 3 § 3 de liber. exhibend. (43. 30).

Wenn es sich aber um die Vindication der väterlichen Gewalt auf Grund einer Adoption oder Arrogation handelte, kam das natürliche Verhältniß zwischen dem Vater und seinem leiblichen Sohn, welches wir geradezu als etwas Unabschätzbares characterisirten, nicht in Betracht. Es kann ein nahes und inniges Verhältniß zwischen dem Vater und dem Adoptivsohn bestehen, doch an die natürliche Familienliebe wird dasselbe immer nicht hinanreichen. Während bei der leiblichen Verwandtschaft die Familienliebe zwischen Vater und Sohn die Hauptsache, das pecuniäre Verhältniß aber (Erwerb durch den Sohn ɪc.) von geringerer Bedeutung ist, tritt das Letztere bei der Adoptivverwandtschaft mehr in den Vordergrund, die eigentliche Familienliebe aber verschwindet. Es kann Einem viel daran liegen, einen leiblichen Sohn zu besitzen, auch pecuniäre Vortheile können damit verknüpft sein, nie aber wird sich das Interesse, welches man daran hat, seinen leiblichen Sohn in der väterlichen Gewalt zu haben, mit einem quanti ea res est oder quanti patris interfuit ausdrücken lassen. Dagegen ist es nicht in so hohem Grade das natürliche Gefühl verletzend, wenn man von dem Interesse spricht, welches Jemand daran hat, einen Adoptivsohn in seiner Gewalt zu haben; ist es doch denkbar, daß namentlich eine Arrogation vorzugsweise im pecuniären Interesse beider Theile geschieht. Bei einem leiblichen Sohn läßt sich nicht die Frage aufwerfen: Welchen Wert würde es für jeden Anderen haben, diesen Sohn seiner Gewalt unterworfen zu sehen? Denn das natürliche Verhältniß zwischen Vater und Kind kann gerade nur zwischen diesem Vater und diesem Kind bestehen und es ist nicht denkbar, daß auch ein Anderer leiblicher Vater dieses Kindes sei. Wohl aber kann die Frage gestellt und beantwortet werden: Was würde es für Andere für einen Wert haben, den Menschen, um den es sich handelt, in Adoption oder Arrogation zu bekommen? Denn es ist recht gut denkbar und möglich, daß auch ein Anderer über diese Person die väterliche Gewalt durch Adoption oder Arrogation erwerbe.[1]

So ist es denn weniger bedenklich, von einem quanti patris interfuit bei der durch Adoption oder Arrogation erworbenen patria potestas zu sprechen und deshalb ist wohl schon bei dem Verfahren per sponsionem praeiudicialem eine wirkliche Vindication der patria potestas über einen adoptirten oder arrogirten Sohn zugelassen worden. Die sponsio hieß dann:

SI HOMO Q. D. A. EX J. Q. MEVS EST SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES?

und die satisdatio pro praede litis et uindiciarum mußte auf ein QVANTI ACTORIS INTEREST FILIVM RESTITVI QVEM IN POTESTATE EX J. Q.

[1]) Vgl. von Weitem Fr. 33 ad L. Aquil. (9. 2).

V. HABET, gerichtet sein. Nach diesem Vorgang war es nun natürlich, wenn man später auch die formula petitoria

SI PARET ILLVM HOMINEM Q. D. A. EX J. Q. IN PATRIA POTESTATE $A^I A^I$ ESSE, NEQVE $N^S N^S$ RESTITVET, QVANTI EA RES ERIT, $N^M N^M$ $A^O A^O$ CONDEMNA S. N. P. A.

zuließ. Freilich mag auch hier ein indirecter Zwang zur Restitution durch hohe Aestimation, Zulässigkeit des iuramentum in litem etc. erzielt worden sein; auch ist es recht wahrscheinlich, daß, als man in der späteren classischen Zeit anfing, directe Execution zuzulassen, unser Fall einer der ersten war, wo dieselbe stattfand; allein das sind Dinge, über welche wir bei dem Stand unserer Quellen keine Gewißheit erlangen können, die wir daher als außerhalb unserer Aufgabe liegend betrachten.

Stellenregister.

I. Stellen aus den Rechtsquellen.

1. Vorjustinianische Quellen.

2. Justinianische Quellen.

3. Nachjustinianische Quellen.

II. Stellen aus Nichtjuristen.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

Verbesserungen und Nachträge.

Seite 8 Zeile 4 v. u. und anderwärts lies GESNER anstatt GESSNER.
" 9 " 4 v. u. lies sanuo anstatt sanum.
" 20 " 14 v. o. " contingendam anstatt contingendum.
" 22 " 19 v. o. " Strategem. anstatt Strategam.
" 36 " 13 v. u. " BRENKMAN anstatt BRENKMANN.
" 63 " 5 v. u. " nicht notwendig streitig anstatt nicht streitig.
" 112 " 22 v. o. " PAEGNIUM anstatt PAEGENIUM.

Zu Seite 131 ff. Stintzing's neue Ausführung über die legis actio sacramento im 3. Heft des 3. Bds. der (Heidelberger) Kritischen Zeitschrift (S. 344 ff.) kam mir erst nach Vollendung des Drucks der einschlagenden Stellen meines Buchs zu Gesicht. Es freut mich mit dem genannten Schriftsteller in einigen Resultaten zusammenzutreffen, wenngleich unsere Ausgangspunkte sehr verschiedene sind.

Seite 168 Zeile 8 v. u. lies TRYPHONINUS anstatt TRYPHONIUS.
" 204 " 2 v. u. " LEONINUS anstatt LEONIUS.

Andere kleine Fehler möge der geneigte Leser mir gütigst nachsehen.

